...itas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facu...

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/desdonationsentr03trop

L. Philippe Avocat
Liège / 1900

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET DES

TESTAMENTS

PARIS. — IMPRIMERIE DE E. DONNAUD,
RUE CASSETTE, 9.

DROIT CIVIL EXPLIQUÉ
— 'OLÉON

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

OU

COMMENTAIRE

DU TITRE II DU LIVRE III DU CODE NAPOLÉON

PAR M. TROPLONG

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION, MEMBRE DE L'INSTITUT, GRAND-OFFICIER DE L'ORDRE IMPÉRIAL DE LA LÉGION D'HONNEUR.

DEUXIÈME ÉDITION.

TOME TROISIÈME.

PARIS

ADMINISTRATION DU JOURNAL DES NOTAIRES ET DES AVOCATS
RUE DES SAINTS-PÈRES, 52.

1862

BIBLIOTHECA

KZV
1460
.T136
1862
v.3

H. Philippe Gamier

CODE NAPOLÉON

LIVRE III, TITRE II

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS,

Décrété le 13 floréal an XI (3 mai 1803) promulgué le 23 floréal, an XI (13 mai 1803).

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

SECTION I.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

ARTICLE 967.

Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté.

SOMMAIRE.

1428. Doit-on considérer le testament comme dépendant du droit public, et le regarder comme un acte dont la forme est inaccessible au vulgaire?

1429. Le testament étant une conséquence du droit de propriété, appartient au droit naturel, et, comme tel, il est protégé dans son exercice par des règles simples et accessibles à tous.

1430. A Rome, où la propriété était liée au droit public, la faction du testament était de droit public.

1431. Comment ceci doit être entendu dans le droit français où le testament émane du droit naturel.

1432. Toutefois, quant aux formalités, le droit de tester est soumis au droit civil.

1433. Caractère de ces formalités protectrices. — Simplicité du testament olographe.

1434. Complication des formalités des testaments dans la législation romaine. — Nécessité de l'institution d'héritier.

1435. Différence du droit coutumier et du droit romain sur ce point.

1436. Explication et conséquence de la maxime: « institution d'hé- » ritier n'a pas lieu. »

1437. Autre conséquence.

1438. Supériorité du droit coutumier sur le droit romain en cette matière.

1439. Le Code Napoléon a suivi la simplicité de l'ancien droit français et effacé toutes les distinctions admises en cette matière par la loi romaine.

1440. Comme le droit coutumier, il a établi le principe de la réserve et de la saisine.

COMMENTAIRE.

1428. C'est une tradition fondée sur le droit romain, que les formalités du testament sont de droit public : *Testamenti factio*, disait Papinien, *non privati, sed publici juris est* (1). Cette maxime est répétée dans tous les livres (2).

C'est également une tradition qui nous vient du formalisme de Rome et qui s'est perpétuée, malgré les changements les plus profonds, à savoir, qu'un testament est un

(1) L. 3, D., *Qui testam. facere possunt* (Papin., Quæst., lib. 14).
(2) Caïus, comm. 2, § 104.

acte difficile, pour lequel le père de famille doit s'environner nécessairement des conseils des hommes de loi, pour se préserver des piéges de la loi (1). Cujas fait remarquer, en effet, que chez les Romains les formalités des testaments étaient si minutieuses, que c'était à peine si on osait faire un acte de dernière volonté, sans consulter un jurisconsulte (2), et celui-là était un esprit fort qui, se mettant au-dessus des minuties sacramentelles, osait ne consulter que son bon sens et sa raison (3). Les hommes de loi qui ont la confiance du public savent tous, par l'expérience de leur pratique journalière, que des personnes appartenant aux classes les plus élevées et les plus éclairées de la société s'adressent à eux pour leur demander des formules de testament, comme si la confection d'un tel acte était un arcane inaccessible aux profanes.

Ces deux idées ne doivent pas être acceptées sans réflexion. D'abord, il n'est pas vrai que le testament appartienne au droit public au même titre que chez les Romains; il est encore moins vrai que la forme des testaments soit inaccessible au vulgaire, qu'un guide exercé soit indispensable pour lui donner sa solennité légitime.

1429. En ce qui concerne la dépendance du testament du domaine du droit public, nous avons prouvé, ci-dessus, que les actes de dernière volonté sont une conséquence du droit de propriété; qu'ils découlent, par conséquent, du droit naturel, et que la loi écrite ne saurait en interdire l'usage, sans exercer une violence condamnable sur la liberté humaine.

(1) *Supra*, n° 85.

(2) Sur le Dig., *Qui testam. facere possunt*, d'après la loi *Lucius*, 88, § ult., D., *De legat.*, 2°. Vid. *infra*, n° 1439.

(3) Loi précitée, 88, § ult., D., *De legat.*, 2°.

Il est vrai que la loi civile peut intervenir pour régler l'usage du droit de disposer à cause de mort, et prévenir les abus que l'homme en pourrait faire. Toute liberté a ses limites, et la liberté du propriétaire ne doit pas aller jusqu'à de pernicieuses exagérations. Mais, en contenant le droit de disposer à cause de mort, la loi civile a pour devoir essentiel de le respecter dans ce qu'il a de raisonnable et de conforme à l'équité; sinon, elle tomberait dans le genre de tyrannie qui fait le plus détester les gouvernements.

Un des points sur lesquels l'intervention régulatrice de la loi civile est le plus nécessaire, c'est la forme des testaments. Il faut des règles précises pour que la volonté des mourants se montre avec certitude et qu'on n'abuse pas de leur faiblesse; mais il faut que ces règles soient simples, claires, accessibles à tous. L'équité se révolterait contre des formalités minutieuses, inspirées par un esprit d'hostilité et non par un esprit de protection. Un droit sacré dans son essence, comme l'est le droit de propriété, doit être traité favorablement dans son exercice : il ne doit pas être environné d'embûches.

1430. Chez les Romains, le droit était dominé par des points de vue différents. La propriété était liée au droit public d'une manière très-étroite. Le père de famille dépendait de l'État à cause de ses biens, qui avaient été dans l'origine une concession, à cause des distinctions de naissance nécessaires à la forme du gouvernement, à cause des sacrifices dont la conservation dans les *gentes* importait à la chose publique (1), à cause du pouvoir paternel et marital, qui, par sa grande étendue, était autant politique que domestique. Dans cet ordre d'idées, la transmission de l'hérédité était un

(1) Cicéron, *Pro modo*, 13. *De legibus*, 2, 9. Loi des Douze Tables : « *Sacra privata, perpetua manente.* »

événement d'ordre public qui, entre tous les autres, tenait en éveil au plus haut degré l'attention du législateur. La loi civile, préoccupée des intérêts de l'État bien plus que des sentiments de la nature, l'avait réglée dans un esprit aristocratique. On peut consulter la loi des Douze Tables (1). Son système de succession *ab intestat* est inspiré tout entier par l'esprit de conservation, propre surtout à l'aristocratie; elle veut conserver dans les familles et dans les *gentes*, les noms, les souvenirs, les biens, les distinctions, les sacrifices et les rites paternels (2); les sacrifices, en particulier, que Cicéron reprochait à Clodius d'avoir laissé perdre en se faisant adopter par un plébéien (3). Ces sacrifices étaient attachés à l'hérédité (4), d'après le droit pontifical (5); ils en formaient une charge nécessaire, quelquefois onéreuse (6), mais toujours chère aux familles illustres, et qui entretenait dans leur sein les signes caractéristiques de leur origine, les distinctions dont elles étaient fières, le culte des ancêtres, la piété envers les Dieux (7).

Il importait donc que la pensée de la loi successorale ne

(1) Justinien, Instit., *De hæred. quæ ab instest. defer.* Mon livre de l'*Influence du christianisme*, p. 1, ch. III, note 1 de la page 27, et p. 2. ch. XI

(2) Cicéron, *De legibus*, 2, 9. *Ex patriis ritibus optuma colunto.* Festus. v° *Sine sacris hæreditas.*

(3) Cicéron, *Pro modo*, 13.

(4) Voy. mon article sur les *Gentes* (*Rev. de législ.*, 1847, 1, 5), et Beaufort, t. I, p. 107.

(5) Cicéron, *De legibus*, 2, 20 et 21.

(6) Plaute, *Captiv.*, 4, 1. 8. Festus, v° *Sine sacris.*

(7) Voy. l'anecdote rapportée par Tite-Live, 5, 46.

La gens Fabia avait un sacrifice anniversaire sur le mont Quirinal. Fabius, quoique Rome fût occupée par les Gaulois, n'hésita pas à traverser le camp ennemi pour ne pas interrompre cet acte solennel. En effet, la loi des Douze Tables ordonnait que les sacrifices ne fussent pas interrompus. — Sur les sacrifices, voy. Macrobe, 1, *Saturn.* 16. Festus, v° *Publica sacra* et *Saturn.* Servius *sur l'Énéide*, 2, 166; 3, 407; 5, 706.

fût pas altérée par les caprices ou l'imprévoyance du père de famille, et que le testament ne servît pas de moyen pour affaiblir les précautions de la politique, pour confondre les ordres, mêler les familles, profaner ou mettre en oubli les sacrifices domestiques. De là cette règle, qu'un testament étant une dérogation à la loi des successions *ab intestat*, ne pouvait avoir d'effet que s'il était lui-même en forme de loi (1). C'est pourquoi, le père de famille venait devant le peuple assemblé dans les comices par curies, il prononçait à haute voix le nom de celui qu'il voulait faire son héritier, et le peuple ratifiait sa volonté par ses suffrages (2). C'est de la même manière que se faisaient les adoptions (3), parce qu'elles avaient pour but de modifier l'état des familles.

Telle est l'origine du principe du droit romain, d'après lequel la faction du testament est de droit public. Ce principe reposait sur des bases tellement profondes, qu'il s'est perpétué jusque dans les derniers temps ; et lors même que la constitution religieuse et politique de Rome fut changée, bien longtemps après qu'on eut cessé de donner au testament la forme d'une loi, on répéta, par une habitude invétérée, qu'il était de droit public.

1431. En France, ce langage manque de vérité ; il n'a d'application exacte, ni à notre ancien droit coutumier, ni à notre droit moderne qui en est l'émanation et la continuation. Les droits de famille et de propriété découlent chez nous du droit naturel ; ils ne sont pas une concession de l'État, ils ne doivent pas leur organisation aux conceptions arbitraires de telle ou telle forme politique. La personne qui

(1) Bynkerskœck, 2, observ. 2.

(2) Aulu-Gelle, 15, 27. Beaufort, *loc. cit.*

(3) Aulu-Gelle, 5, 19. Cicéron, *Pro domo*, 13 et 15. Suétone, *Auguste*, 65. Beaufort, *loc. cit.*

dispose de son hérédité au profit de ses successeurs, n'use pas d'une faveur et ne transmet pas de privilége. Elle use tout simplement de son droit de propriété, dont la conséquence légitime et nécessaire est le droit de disposer entre-vifs ou à cause de mort. L'État lui est donc redevable de sa protection sans la lui faire payer par des exigences déplacées, sans afficher les prétentions ambitieuses d'un suzerain sur un vassal. Il lui doit assistance et appui, comme à tous les autres droits dont le devoir de l'État est d'assurer la jouissance.

A la vérité, le droit de tester entraîne celui de modifier, dans une certaine mesure, les dispositions de la loi sur les successions *ab intestat*. Mais, qu'est-ce que notre loi sur les successions, sinon un testament présumé et une dévolution calquée sur la volonté probable du défunt à l'égard de ses enfants ou des siens (1)? La loi sur la succession *ab intestat* n'est donc pas une puissance jalouse de la volonté de l'homme; elle ne la traite pas en rivale, puisqu'elle la prend pour base de ses dispositions (2). Or, si elle cherche à deviner cette volonté et à s'en inspirer quand elle est muette, combien, à plus forte raison, doit-elle être éloignée de la répudier et de s'en plaindre, alors qu'elle est ouvertement formulée? Tout ce qu'elle peut demander à cette volonté, c'est qu'elle ne soit pas inofficieuse! C'est que puisant sa force et son autorité dans le droit naturel, elle ne viole pas les droits de la nature et du sang (3)!

1432. Elle peut lui demander autre chose, c'est de s'exprimer suivant certaines formalités. Ici, le droit de tester est obligé de se plier au droit civil et public qui, seul, édicte

(1) *Supra*, n° 32.
(2) N° 32.
(3) N° 85.

ces formalités ; sous ce rapport, il cesse d'appartenir exclusivement au droit naturel (1). Mais il ne faut pas qu'il s'en plaigne, puisque ces formalités ont un but protecteur, puisqu'elles sont une garantie de certitude, de sincérité et de liberté, puisque, en un mot, cet emprunt au droit civil et public a pour fin de raffermir le droit naturel.

1433. Et puisque ces formalités sont tutélaires, il s'ensuit que la raison préside à leur établissement, et qu'elles ont pour caractère d'être aussi claires et aussi simples que possible. Qu'y a-t-il, en effet, de plus aisé et de plus commode que le testament olographe, cet excellent établissement du droit français ? Quoi de plus rationnel que cette simplicité du Code Napoléon qui, unissant la netteté dans les idées à la facilité du langage, admet toutes les dénominations, égalise les choses si péniblement distinctes du droit romain (institution d'héritier, legs, codicille, etc.), et élague les solennités superstitieuses dont ce droit était embrouillé ? Il faut donc s'étonner que des personnes de la société, très-instruites, du reste, sur d'autres points, ignorent que le testament participe de la simplicité généralement dominante dans le Code Napoléon, et que rien n'est plus à la portée de tout le monde qu'un acte de dernière volonté Il n'y a plus de mystères dans notre droit (2).

1434. Mais pour mieux apprécier le bienfait de cette simplicité, récapitulons quelques-unes des idées et des formes dont les testaments s'étaient compliqués dans la législation romaine.

D'abord, la succession testamentaire devait être déférée de manière à ne rien emprunter à la succession *ab intestat :*

(1) Nos 85 et 266.
(2) No 84.

il y avait incompatibilité entre l'une et l'autre (1). De là, la maxime, qu'on ne pouvait décéder *partim testatus*, *partim intestatus*. Il fallait que le testament embrassât tout ou rien : il fallait que la succession *ab intestat* s'étendît à tout ou à rien (2).

Le testament devait ensuite renfermer une institution d'héritier. Cette institution était la tête et le fondement du testament (3). Nul testament n'était valable sans institution d'héritier, et l'institution d'héritier ne valait qu'autant qu'elle était faite selon la forme prescrite (4).

1435. Le droit coutumier s'était séparé du droit romain sur cette partie de la jurisprudence. Ce qui faisait dire à Coquille : « En pays coutumier nous n'avons pas de testa-
» ments vrais, *ad instar* de ceux qui sont introduits dans le
» droit romain, selon lequel nul testament ne vaut s'il ne
» contient institution d'héritier, et nulle institution d'héritier
» ne vaut sinon faite en testament, qui soit fait selon la
» forme prescrite. Pourquoi? C'est superfluité à nous de
» faire distinction de testaments et codicilles ; ainsi, toutes
» dispositions de dernière volonté, faites par des personnes
» capables et en forme probante, doivent être réputées tes-
» taments à l'effet de notre coutume (5). »

De là cette disposition de l'article X du titre 33 de la coutume de Nivernais : « Institutions ne substitutions d'héritier
» par testament, n'autrement, n'ont point de lieu : en ma-
» nière que, nonobstant lesdites institutions ou substitu-
» tions, l'héritier habile à succéder héritera et sera saisi de

(1) Pomponius, l. 7, D., *De regul. juris*. Justinien, *Instit.*, lib. 2, t. XIV, § 5. Cicéron, *De inventione*, 2, 20.

(2) *Infra*, n° 1744, sur l'art. 1002.

(3) *Caput et fundamentum testamenti*.

(4) Coquille *sur Nivernais*, tit. 33.

(5) Tit. 33, *Des testaments et codicilles*.

» la succession : en manière aussi qu'un testament est valable, » posé qu'il n'y ait institution d'héritier. Et combien que » ladite institution ne vaille, ne sera pourtant vicié le testa- » ment ès autres choses. »

1436. C'était là le droit commun attesté par la coutume de Paris (1) et par cette maxime recueillie par Loisel : « Institution d'héritier n'a pas de lieu (2). » Elle signifiait deux choses que la coutume du Nivernais avait mieux expliquées que plusieurs autres coutumes (3) : d'abord, que la disposition testamentaire de l'homme ne pouvait faire, tout au plus, que des légataires universels, mais qu'il était au-dessus de sa puissance de faire un héritier (4), n'y ayant que Dieu, suivant nos plus anciennes coutumes, qui puisse faire un héritier (5), *Solus Deus hæredem facere potest, non homo* (6). » Car, d'après la règle, le mort saisit le vif, c'est le parent le plus proche qui est héritier légitime par le droit du sang ; c'est lui qui est saisi de la succession, quelque testament qu'il y ait (7). Une institution d'héritier, en droit coutumier, ne valait donc que comme legs, jusqu'à concurrence des biens disponibles. L'institution contractuelle seule, différente en cela de l'institution testamentaire, avait la vertu de créer, comme le sang, un héritier saisi, un héritier dans

(1) Art. 299. *Junge* Auvergne, ch. 12, art. 40. Orléans, 287. Sens, 70. Auxerre, 227. Touraine, 258. Reims, 285. Troyes, 96. Senlis, 165. Blois, 137, etc., etc. Voy., sur la saisine héréditaire de plein droit, les art. de M. V. Rigaud, avocat à Strasbourg (*Revue étrangère*, 1842, t. IX, p. 35, 777, 991).

(2) 2, 4, 5.

(3) Pothier *sur Orléans*, art. 287.

(4) Poitou, 272.

(5) Delaurière *sur Loisel, loc. cit.*

(6) Glanville, *De legib. Angliæ*, l. 7, cap. 1. Klimrath, *Études sur les cout.*, p. 137, note 3.

(7) Delaurière, *loc. cit.* Coquille sur l'art. 10 précité.

la force et l'étendue du terme. Cette exception était le résultat de la convention dans laquelle l'institution contractuelle prenait sa source (1).

Ces idées sur la succession testamentaire conduisaient à cette seconde conséquence, signalée par la coutume du Nivernais, à savoir : Qu'un testament, dans les pays de coutume, était affranchi de la superstition romaine de l'institution d'héritier ; que les dispositions de dernière volonté méritaient le nom honorable de testament, lors même qu'elles ne renfermaient que de simples legs ; qu'enfin, si celui qui avait été institué héritier, ou pour mieux dire, légataire universel, était reconnu incapable, le testament valait pour le surplus sans qu'il y eût à s'inquiéter du sort de la disposition principale.

1437. Il y avait un corollaire qui, du reste, était renfermé dans les deux précédents, c'est que loin que la succession testamentaire fût incompatible avec la succession *ab intestat*, la première ne pouvait jamais aller sans l'autre. Comme il n'y avait pas de disposition testamentaire qui pût effacer la qualité d'héritier légitime, quiconque faisait un testament décédait toujours « *partim testatus*, *partim intestatus ;* » car l'héritier légitime continuait à conserver sinon l'émolument, au moins le titre dont la parenté et la loi l'investissaient.

1438. On voit que, tandis que les pays de droit écrit conservaient docilement les traditions du droit romain, les provinces coutumières s'étaient ouvert des voies nouvelles et plus rationnelles. Aussi Coquille célébrait-il, avec grande raison, la supériorité du droit coutumier en ce point : « Nous, en ce pays coutumier, ne sommes sujets aux subti- » lités, formules et fâcheuses superstitions introduites par

(1) *Infra*, n° 2366.

» le droit romain au fait des testaments. Et a été bien avisé
» par nos prédécesseurs de nous délivrer de cette servile
» subjection par laquelle les plus fins et les mieux avisés
» faisaient bien leurs affaires, et ceux qui besoignaient ron-
» dement étaient surpris (1). »

1439. Le Code Napoléon a gardé cette simplicité de l'ancien droit français. Il veut sagement que l'on s'attache surtout à la volonté du testateur, effaçant des distinctions désormais inexplicables entre le testament et le codicille, entre l'institution d'héritier et les legs. Point de termes sacramentels, point de dénominations privilégiées. Le Code permet à celui qui veut disposer de son bien, de faire comme ce testateur dont parle la loi 88, § *ultim* D., *De legat.* 2°, qui avait suivi son bon sens et son jugement, plutôt qu'une misérable et trop grande diligence (2). Ce parti était souvent périlleux en droit romain, malgré tous les adoucissements apportés par l'art des jurisconsultes. Il a rarement du danger dans notre droit moderne, qui met la volonté de l'homme sensé au-dessus d'un formalisme subtil.

1440. De plus, le Code Napoléon imitant, sur ce point, le droit coutumier, n'admet pas que le testateur puisse, par une institution d'héritier, enlever aux héritiers à réserve la qualité qu'ils tiennent de la nature et de la loi. Malgré toute disposition universelle, ils sont saisis : le légataire universel est obligé de leur demander la délivrance (3), en sorte que nos testaments ne sont, pour nous servir d'une expression de d'Aguesseau, que des fidéicommis que le défunt commet à l'exécution de ses héritiers à réserve. Mais nous

(1) Sur l'art. 10.

(2) « *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi, sine ullo jurisperito,* » *rationem animi mei potius secutus quam nimiam et miserum diligentiam :* » *et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi* » *debet hominis sani voluntas.* »

(3) *Infra* sur l'art. 1004.

reviendrons sur ces points dans le commentaire des art. 1002 et suivants.

ARTICLE 968.

Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

SOMMAIRE.

1441. Déja l'ordonnance de 1735 avait défendu l'usage des testaments conjonctifs ou mutuels, mais en admettant quelques exceptions.

1442. Le Code Napoléon a maintenu le principe sans aucune exception.

1443. Différence qu'il fait, sur ce point, entre la donation et le testament.

COMMENTAIRE.

1441. C'était autrefois un usage presque généralement admis que celui des testaments conjonctifs ou mutuels (1). « Il n'y a point de difficulté, dit Ricard (2), que la donation » mutuelle peut être comprise en un testament sans que l'on » puisse lui faire encourir le vice de la captation, ainsi qu'il » est expressément porté par la novelle de Valentinien *De* » *testamentis*, où cet empereur, parlant des testaments mu- » tuels, dit fort bien à notre sujet : *Quoniam nec captato-* » *rium dicipotest cum duorum fuerit similis affectus et sim-* » *plex religio testamenta condentium* (3). »

(1) Loisel, 4, 4, 9.

(2) *Don mutuel*, n° 37.

(3) *Junge* le même auteur, *Donations*, part. 3, n° 63.

Mais l'ordonnance de 1735 sur les testaments poussa la prévoyance plus loin que la novelle de Valentinien : elle craignit que le testateur ne fût exposé aux suggestions de la personne avec qui il faisait son testament conjointement; et, pour prévenir cet inconvénient, elle défendit (1) l'usage des testaments mutuels et conjontifs, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes (2). Déjà le parlement de Grenoble avait adopté une jurisprudence qui rejetait tout à fait l'usage de ces testaments.

Mais cette disposition de l'ordonnance de 1735 fut soumise à quelques exceptions, particulièrement en faveur des pères et mères qui voulaient faire entre leurs enfants le partage de leurs biens.

1442. Le Code Napoléon est allé plus loin, et en ne répétant point les exceptions mentionnées dans l'ordonnance, il les a abrogées.

1443. On a vu ci-dessus (3) que les donations mutuelles sont autorisées par le Code. En comparant cette tolérance de la loi pour la donation avec la prohibition dont les testaments ont été l'objet, ne trouve-t-on pas un nouvel argument à ce que nous avons dit précédemment (4), qu'il semble que le législateur exige une volonté plus pleine, plus entière de la part du testateur que dans les autres actes de la vie civile ? On peut en donner la raison suivante : La crainte des surprises est moins grande alors qu'il s'agit de se dépouiller actuellement et irrévocablement, que lorsqu'il s'agit de disposer pour le temps où on ne sera plus. Le testateur est plus accessible aux séductions et aux entraînements qui n'ont pas d'effet actuel, que le donateur qui est

(1) Art. 77.
(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 591.
(3) V. *supra*, sur l'art. 960, n°s 1392 et 1393.
(4) N°s 468, 469.

retenu par la nécessité de se lier sur-le-champ et sans pouvoir se repentir. Le premier est plus facile dans sa libéralité, parce qu'il ne doit pas en voir les suites ; le second est plus réservé, parce que le sentiment de la conservation parle hautement, alors qu'il faut subir, sur-le-champ, le contre-coup de ce à quoi l'on s'engage.

ARTICLE 969.

Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique.

SOMMAIRE.

1444. Des trois formes de testaments.

1445. Ces trois formes supposent nécessairement que le testament doit être rédigé par écrit.

1446. Un legs verbalement imposé par le testateur à l'exécuteur testamentaire serait nul.

1447. Du testament nuncupatif à Rome .— Usage de ce testament en France jusqu'à l'ordonnance de 1731.

1448. La preuve testimoniale ne serait pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommis verbal au profit de celui qui en réclame l'exécution.

1449. L'art. 969 s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gèstes ou par signes?

1450. La preuve testimoniale ne saurait avoir lieu, alors même qu'il y aurait commencement de preuve par écrit;

1451. A moins pourtant qu'il n'y ait fraude et que, par exemple, le testament n'ait été détruit par l'héritier *ab intestat*.

1452. En ce cas, c'est à l'auteur de la destruction à prouver que le testament n'était pas dans la forme légale.

1453. Il en serait différemment si le testament avait été détruit par force majeure.

1454. Peut-on tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires? — Distinction.

1455. Ou le testament se réfère à un acte antérieur valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personnes ou la chose

qui fait l'objet de la disposition, et alors la relation produit son effet. — Exemple.

1456. Suite.

1457. Ou bien le testateur se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

1458. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur nul en la forme.

1459. Il en serait différemment si le testament, auquel il est référé, était sans effet pour cause de caducité ou pour défaut de capacité de l'institué.

1460. Suite.

1461. On peut interpréter ce qui est exprimé dans un testament par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur.

1462. Mais, s'il sagit d'une omission de forme, il ne pourra y être suppléé que par des preuves puisées dans le testament même.

COMMENTAIRE.

1444. Notre article admet et consacre trois formes de testaments : le testament olographe, le testament par acte public, le testament mystique. Nous expliquerons, sous les articles suivants, tout ce qui se rattache à ces trois formes habilement variées pour la commodité des disposants.

1445. De ce que le Code Napoléon ne reconnaît que les trois sortes de testaments dont il vient d'être parlé, il s'ensuit que tout testament doit être rédigé par écrit, grand principe que l'ordonnance de 1731 avait explicitement consacré dans son art. 1er, et qui résulte implicitement des dispositions combinées du Code ; en sorte que l'écriture n'est pas seulement requise pour la preuve du testament, elle tient encore à la forme et à la solennité, et aucune preuve ne pourrait la suppléer, quelque modique que fût la somme léguée. Dès lors, quand même l'héritier avouerait qu'il a été chargé par le défunt d'un fidéicommis verbal, cet aveu se-

rait sans force, si cet héritier ne consentait pas volontairement à l'exécuter. Car ce qu'il avouerait, ce serait une disposition que la loi ne reconnaît pas et dispense d'accomplir (1).

1446. Il suit de là que si un testateur donnait à Titius, son exécuteur testamentaire, une somme d'argent pour être employée suivant les intentions qu'il lui a manifestées verbalement, cette disposition serait nulle pour le tout : nulle à l'égard de Titius, car ce ne serait pas lui que le testateur eût voulu gratifier ; nulle à l'égard de celui qui aurait été nommé à Titius, car toute institution, tout legs doit être rédigé par écrit. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 12 août 1811, dont j'ai parlé ailleurs (2) ; la loi suspecte assez facilement la fraude dans les dispositions que l'on veut environner du secret, sans les confier à la foi de l'écriture.

1447. Les Romains avaient le choix de faire un testament verbalement ou par écrit. Le testament que les interprètes ont appelé nuncupatif (3), se faisait de vive voix, quoiqu'on pût y employer l'écriture, *probationis causa* (4). Voici quelle en était la forme. Le testateur, après avoir fait assembler sept témoins dans le même temps et dans le même lieu, leur déclarait sa volonté de manière qu'ils l'entendissent et le comprissent distinctement (5) ; *hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum,* disait Justinien dans ses Institutes (6). Après la mort du testateur, on faisait la

(1) *Supra,* nos 549, 554, 555.

(2) N° 549.

(3) D'après la loi 21, D., *Qui test. facere possunt,* où Ulpien dit : « *Licebit » ergo testanti vel nuncupare hæredes, vel scribere.* »

(4) L. 4, D., *De fide instrum.* L. 4, D., *De pignoribus.*

(5) L. 21, § 2, C., *De testamentis.* L. 21, D., *Qui testam. facere possunt.* *Pandectes* de Pothier, t. II, p. 178, nos 40 et 22.

(6) *De testam. ordinandis,* § 14.

preuve de ses dernières volontés, par la résumption judiciaire des témoins qui avaient assisté à la nuncupation (1).

Ces testaments nuncupatifs avaient leur utilité pour les personnes qui se voyaient pressées par l'extrémité de la maladie, et qui ne pouvaient disposer autrement (2). Ils étaient d'ailleurs dans les mœurs du peuple romain, depuis les temps les plus anciens (3). Mais cette forme manquait de sûreté; elle livrait à la mémoire fugitive des témoins la dernière et la plus chère volonté des hommes (4).

Lorsque le testament nuncupatif était rédigé par écrit, afin de l'accompagner d'une forme probante, cette circonstance ne dispensait pas de l'assistance des sept témoins qui devaient signer l'acte; et alors ce testament ne différait du testament écrit, qu'en ce que ce dernier exigeait une plus grande solennité que les autres, comme nous le verrons plus bas.

L'usage du testament nuncupatif s'étendit dans toute la France, jusqu'à ce que l'ordonnance de Moulins eut défendu la preuve par témoins, au-dessus de 100 livres. A cette époque, les parlements se divisèrent sur l'application de cette ordonnance aux testaments. Les uns ne pensèrent pas que son but fût de porter atteinte à un usage spécialement consacré, par le droit romain, en faveur des mourants. Les autres, au contraire, regardèrent les testaments verbaux comme nuls, toutes les fois que la somme dépassait 100 livres.

L'ordonnance de 1731 abolit définitivement un genre de disposition qui donnait matière à beaucoup de fraudes et de faux serments. Cette ordonnance mémorable par sa sagesse

(1) Furgole, *Testaments*, II, 13. Doneau, 6, 10, 1 et seq. Corvinus sur le C., *De test. ordin.*

(2) Ricard, *Donations*, p. 1, n° 1326.

(3) Caïus, *comm.* 2, § 102.

(4) Corvinus, *loc. cit.*

n'hésita pas à prendre en considération les observations de tous les commentateurs qui, voyant les dangers du testament verbal, avaient conseillé de préférence l'usage du testament mystique ou écrit (1).

1448. Du principe qu'on ne peut tester verbalement, il suit que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir l'existence d'un fidéicommis verbal au profit de celui qui en réclame l'exécution (2). Mais rien n'empêche de recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions, pour prouver qu'une disposition pure et simple en apparence cache en réalité une charge de rendre, secrète et contraire aux lois (3). Ici la preuve testimoniale n'est reçue que pour démasquer la fraude.

1449. Mais notre article s'oppose-t-il à ce qu'on puisse tester par gestes ou par signes ? Nous avons vu ci-dessus, que le sourd-muet peut faire une donation par signes (4), et il me semble, au premier coup d'œil, que le sourd-muet qui peut faire comprendre sa pensée par ce langage muet qui a acquis, par le progrès de la science, tant d'énergie et de précision (5), ne doit pas être moins capable de faire un testament, en employant ce mode de transmettre ses volontés.

Cependant la loi, plus rigoureuse (comme il arrive souvent) à l'égard des testaments qu'à l'égard des donations, n'admet pas le testament public par signes et par gestes (6). Elle veut qu'il soit dicté, ce qui exclut le langage d'action, quelque éloquent qu'il soit (7).

(1) Doneau, VI, 10, 10.
(2) Paris, 31 juillet 1819. (Devill. 6, 2, 120).
(3) *Supra*, nos 685, 686 et 703.
(4) No 539.
(5) Nos 1137, 1138.
(6) No 537.
(7) *Infra*, art. 1679.

Mais pourquoi le Code Napoléon n'aurait-il pas fait, en faveur des sourds-muets, une exception que le droit romain avait introduite en faveur du soldat (1)? Pourquoi le droit naturel, qui avait suggéré aux juriconsultes romains cette faveur particulière, n'aurait-il pas aussi élevé sa voix puissante au profit d'une classe d'hommes si dignes de commisération? Sans doute les sourds-muets que leur éducation a mis en possession d'une culture intellectuelle perfectionnée, peuvent faire un testament olographe ou mystique, puisqu'ils savent écrire. Mais pourquoi le pauvre sourd-muet qui n'est pas arrivé à ce progrès doit-il joindre à son malheur celui de ne pouvoir disposer pour le temps où il ne sera plus? Au surplus, ces idées se représenteront dans notre commentaire de l'art. 979 du Code Napoléon.

1450. L'écriture est tellement de l'essence des testaments, qu'on ne saurait suppléer à ses clauses par la preuve testimoniale, y eût-il un commencement de preuve par écrit. Le Code, en effet, est conçu dans le même esprit que l'ordonnance de 1735 (2); il ne veut de la preuve testimoniale, ni pour créer les dispositions de dernière volonté, ni pour changer celles qui sont écrites dans le testament et leur subtituer, sous prétexte d'obscurité, une volonté non exprimée. C'est dans l'acte même que les magistrats doivent rechercher, d'après leurs lumières, les raisons de décider (3).

Ceci ne veut pas dire que lorsqu'il s'agit d'interpréter des expressions douteuses, obscures, ambiguës, on ne puisse

(1) L. 4, D., *De testam. milit.* L. 1, D., *Eodem titulo.* L. 3, C. *De testam. milit.*

(2) Art. 893 combiné avec l'art. 969.

(3) Cassat. d'un arrêt d'Orléans, 28 décembre 1818 (Dalloz, *Dispos. test.*, t. VI, p. 70. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 646). Cet arrêt, parfaitement rendu dans l'espèce, contient quelques considérants trop larges dont il faut se défier.

pas recourir à des présomptions extrinsèques (1). Tous les jours il arrive aux magistrats de puiser des interprétations de volonté dans des sources étrangères au testament (2), et rien n'est plus légitime. Mais ce qui est défendu, c'est de supprimer des clauses écrites par l'invocation d'une volonté qui n'a pas de base dans le testament.

1451. Il faut excepter cependant le cas de fraude à la loi, ainsi que nous l'avons dit il n'y a qu'un instant.

De là il suit que si le testament vient à être détruit par la fraude de l'héritier *ab intestat*, l'héritier testamentaire pourra prouver qu'un testament a existé en sa faveur, qu'il a été détruit par le fait d'une personne intéressée à le faire disparaître (3) : l'existence peut se prouver par la déclaration du dépositaire, ou par l'aveu des héritiers.

1452. Et il y a ceci de remarquable que, l'existence du testament étant établie, c'est à l'auteur de la lacération ou de la destruction à prouver qu'il n'était pas dans la forme légale. Car l'héritier institué, privé de son titre par celui qui le critique, n'a aucun moyen, par le fait de celui-ci, de se défendre contre son attaque (4).

(1) *Infra*, n° 1461.

(2) L'arrêt du 28 décembre 1818 semble contrarier cet usage, dans ses considérants. En ce sens, il va trop loin. La cour de Paris a fait une application, peut-être exagérée, de la règle, quand elle a décidé qu'en principe, un legs *alimentaire* sans détermination de quotité est valable (Voy. Bourjon, § 2, comm., tit. IX, part. 5, ch. 8, sect. 1, n° 8; Domat, liv. 3, tit. I, sect. 6, n° 12, et liv. 4, tit. II, sect. 5, n° 15; et MM. Merlin, Rép., v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 11 ; Coin-Delisle, art. 1002, n° 15) ; mais qu'il y a lieu d'annuler la disposition, lorsque les circonstances, telles que l'existence parmi les papiers du testateur d'un modèle de testament qu'il a copié en omettant toutefois le chiffre qui était précisé dans le modèle, démontrent que la qualification *alimentaire* n'a été employée qu'accessoirement à une fixation de quotité que le testateur s'était réservé de faire ultérieurement, mais qu'il n'a point faite. Paris, 4 décembre 1860 (Devill., 61, 2, 17).— *Infra*, n° 1455.

(3) Cassat., 1er déc. 1812 (Dalloz, *Disp. test.*, t. V, p. 609).

(4) Même arrêt.

1453. Mais quand le testament a été détruit par force majeure, par exemple par un incendie, il ne suffit pas à l'héritier institué de prouver qu'un testament a existé ; il doit aussi prouver quel en était le contenu, et qu'il était en forme régulière (1). Il faut que des témoins à ce connaissant et idoines, déclarent non-seulement qu'ils ont vu et lu le testament, mais qu'ils savent ce qui y était contenu, et qu'ils n'y ont aperçu aucun vice : « *Non modo se vidisse ac legisse instrumentum quod dicitur amissum, sed scire quid in eo contineatur atque nulla in parte esse vitiosum* (2). » Les lois romaines recommandent même, en pareille matière, de n'avoir égard qu'à des preuves manifestes : *manifestissimis probationibus* (3).

1454. A notre article se rattache la question de savoir si on peut tester par relation à un écrit non revêtu des formes testamentaires (4). On comprend sur-le-champ la difficulté : puisque le testament doit être rédigé dans l'une des trois formes autorisées par notre article, est-il admissible que, dans une partie, il en reste affranchi ? Si l'acte auquel on se réfère est imparfait, ne craint-on pas de sortir du cercle tracé par notre article ?

Cette question ne peut être résolue qu'au moyen d'une distinction.

Ou le testament se réfère à un acte antérieur valable, afin d'individualiser ou de déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition ; dans ce cas, la relation doit produire son effet.

(1) « *Amisso instrumento....., non extinguitur dummodo aliunde tenor* » *constet et probari possit.* » (Corvinus sur le Code *De fide instrumentorum et amissione eorum.*)

(2) Perezius sur le Code, *cod. tit.*, n° 29. Cassat., 17 février 1807 (Dalloz, *Disp. entre-vifs*, t. V, p. 607).

(3) Antonin, l. 1, C., *De fide inst. et amiss. eorum.*

(4) Furgole, t. I, p. 29, n° 22. Merlin, t. XVII, v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 4, n°s 1, 3, 4, 5. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 229. M. Zachariæ, t. V, p. 76, § 665. Poitiers, 10 août 1832 (Devill., 32, 2, 433).

Ou bien le testament se réfère à un écrit séparé qui sert à manifester la substance de sa volonté, et alors le testament pèche par sa base.

Reprenons successivement les deux branches de cette distinction pour montrer la justesse de nos solutions, et parlons d'abord de la première.

1455. « Je lègue à Titius la somme mentionnée dans un » acte du 25 février 1824, que Sempronius a souscrit à mon » profit. »

Dans ce cas, la relation à l'acte du 25 février 1824 n'a pour objet que de préciser la somme léguée. Du reste, le testament contient la substance du legs : il renferme une certitude sur la personne et sur la chose. Il ne demande d'éclaircissement supplémentaire que sur un détail, sur la quantité. Cette décision est en parfaite harmonie avec ce que nous apprend Paul (1) de la doctrine des anciens juriconsultes, qui tenaient pour constant qu'un legs conçu en ces termes : « Je donne à Titius la somme que j'indiquerai dans » une lettre que je lui écrirai, » est valable. Quoique la lettre serve à expliquer le testament, il n'en est pas moins vrai que c'est dans le testament que le legs prend sa substance. Il n'y a que la quantité qui soit constatée par la lettre (2).

De même, si Titius, qui faisait une pension à Sempronia, lui lègue la somme de **, à titre de pension viagère (sans la préciser), on suppléera l'omission de la quantité, par les livres de dépenses et autres écrits, desquels résultera le chiffre de la pension qui avait cours de son vivant (3).

1456. Cette décision s'applique au cas où le testateur aurait dit : « J'institue pour héritier celui de mes frères dont

(1) L. 38, D., *De cond. et demonst.*

(2) *Junge*, l. 71, *De hæred. instit.* Pand. de Pothier, . II, p. 203, n° 43.

(3) L. 14, D., *De annuis legatis.* Pothier *sur Orléans* t XVI, n° 22.

» le nom sera écrit sur une feuillle de papier qu'on trouvera » dans le second tiroir de mon secrétaire. » Cette disposition se soutient par les raisons que nous venons de dire. La substance de la disposition est dans le testament; il n'y manque qu'une circonstance qui peut être précisée par des faits extérieurs et par une relation équivalente à ce que le testateur aurait dit dans le testament. En pareil cas, tous les arguments sont bons pour arriver à constater la volonté, ainsi que le dit très-bien Celsus : « *Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est* (1). » On trouve deux exemples de ceci dans les lois 77, D., *De hæred. instit.* et 10, D., *De condit. instit.* (2).

Il n'est pas inutile de rappeler l'espèce de la loi 77. On sait que par le droit romain, on ne pouvait donner l'hérédité par codicille; l'institution d'héritier était exclusivement attribuée au testament, acte civil et solennel qui, seul, avait ce privilége (3). Cependant un testateur avait fait un testament ainsi conçu : «Je donne mon hérédité à celui dont j'écrirai le nom » dans mon codicille. » Papinien pensa que rien ne s'opposait à la validité du testament. Car, quoique le nom de l'héritier fût écrit dans le codicille, ce n'était pas le codicille qui l'instituait, mais bien le testament, le codicille ne faisant autre chose que désigner la personne. Ulpien donne la même solution dans la loi 10, D., *De cond. inst.*, qui prouve l'unité de doctrine sur ce point; et il n'en peut être autre-

(1) L. 25, D., *De rebus dubiis.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 370, n° 14, et p. 264, n° 12.

(3) Papinien, l. 77, D., *De hæred. inst.* : « ... *Asse toto non distributo, » ita scriptum est, quem hæredem codicillis fecero, hæres esto : Titium codicillis hæredem instituit. Ejus quidem institutio valet, ideo quod licet » codicillis dari hæreditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur : » sed hoc tantum ex hæreditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.* » (Voy. Cujas sur cette loi, *Quest. Papin.*, lib. 17.)

ment, puisque c'est en réalité dans le testament que se trouve la substance de la disposition (1).

Dira-t-on que, dans les hypothèses prévues par Ulpien et Papinien, le codicille était, chez les Romains, un mode de disposer avoué par l'équité, reconnu par la jurisprudence, et que, sous cette forme légale, la disposition explicative ou supplémentaire pouvait raisonnablement venir s'identifier avec le testament antérieur ou postérieur; mais qu'il ne saurait en être de même dans l'espèce posée par nous, où nous avons supposé que le nom de l'héritier est écrit sur une feuille de papier qui ne mérite pas le nom d'acte? Nous répondons que, d'après la rigueur des idées romaines sur l'institution d'héritier, un codicille était aussi insuffisant pour remplir cette condition fondamendale de tout testament, que notre feuille de papier.

Et puis, s'il est vrai qu'on puisse instituer un héritier dans la forme que voici : « Je nomme pour mon légataire » universel celui qui remportera le prix à telle académie, » pourquoi l'institution faite dans le mode que nous discutons serait-elle condamnée ? C'est ainsi que, quand le nom du légataire est laissé en blanc, il est permis au juge de recourir à des preuves extrinsèques pour combler cette lacune et interpréter la volonté du testateur (2).

1457. Venons à présent à la deuxième branche de notre distinction.

Lorsque la substance de la disposition ne se trouve pas dans le testament, et qu'il faut aller la chercher dans un écrit séparé auquel le testament se réfère, la disposition est nulle; car le testament doit se suffire à lui-même dans tout ce qui tient à la substance de la volonté.

(1) Voy. Cujas, *loc. cit.*
(2) Aff. Schneider. Cassat., rej., 23 décembre 1828 (Devill., 9, 1, 205).

Ainsi, serait radicalement nul un testament dans lequel le testateur dirait : « Je veux qu'on exécute comme ma volonté tout ce qui est contenu dans tel écrit fait de la main » de François. » Si ce mode de disposer était toléré, on réduirait les testaments à de simples formules, et toutes les mesures prises par le législateur pour protéger par d'utiles solennités la sincérité des dernières volontes, s'écroulerait.

Il est vrai que dans l'ancienne jurisprudence, on trouve des auteurs qui, sur le fondement d'une mauvaise interprétation de la loi 77. D., *De hæred. instit.*, admettaient ces dispositions par relation à un acte non valable comme testament (1). Mais c'était là une erreur condamnable et féconde en inconvénients. Nul ne saurait, sous le Code Napoléon, y prêter les mains (2).

1458. Un testament ne saurait non plus se référer à un testament antérieur nul en la forme (3). Comment pourrait-il trouver, dans ce qui n'a pas d'existence légale, la force qui lui est nécessaire pour subsister? C'est, en effet, une règle sur laquelle nous insisterons plus tard, qu'un testament nul doit être refait.

1459. Mais rien n'empêcherait que le testateur se référât, dans son testament, à un autre testament resté sans effet par défaut de capacité de l'institué, ou pour raison de caducité; ainsi, par exemple, il pourrait dire : « Je donne » à Pierre ce que j'ai donné à François dans mon testament

(1) Covarruvias, *De testam.*, ch. 14, n° 6. Montvallon, *Traité des successions*, ch. VI, art. 20, n° 8. Stockmans, *Decisiones brabantinæ*, § 14. Arrêt de la cour de Turin, 17 floréal an XI, rapporté par Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 650.

(2) Merlin, Rép., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 12.

(3) Merlin, *loc. cit.* Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Cassat., rej., 24 nov. 1814 (Dalloz, loc. cit., t. VI, p. 64).

» de tel jour, attendu que François est décédé avant
» moi (1). »

1460. Voici, à ce propos, une espèce curieuse :

Cadier, vicomte de Veauce, avait fait à Bourges, le 20 septembre 1835, un codicille dont je cite la teneur :

« Mon neveu Amable Cadier, baron de Veauce, étant dé-
» cédé, ma volonté est que les dispositions testamentaires
» que j'avais faites en sa faveur, retournent en entier à ses
» enfants, Eugène et Marie Cadier de Veauce, à qui elles
» profiteront, les renouvelant pour eux par ce codicille. »

Le vicomte de Veauce mourut le 26 avril 1836.

Qu'étaient-ce que ces dispositions testamentaires qu'il avait faites au profit du baron de Veauce, son neveu décédé ? Elles furent recherchées après sa mort. Mais on ne trouva dans son secrétaire qu'un testament non signé, ni daté, écrit de sa main. Dans cet écrit, il instituait le baron de Veauce pour son légataire universel, et faisait quelques legs particuliers.

Les héritiers du sang prétendirent que le codicille du 20 septembre 1835 manquait d'une des ses parties substantielles ; qu'il se référait à un testament qui ne se trouvait pas ; que la relation ne pouvait se faire à un acte imparfait et nul en la forme, ainsi que le prétendaient les légataires ; ils opposèrent à ceux-ci le principe par nous posé au numéro 1458.

Mais les légataires en repoussèrent l'application. Ils disaient : Nous ne voulons d'autre titre que le testament du 20 septembre 1835 ; il est le seul dont nous puissions nous prévaloir. Le testament trouvé le 26 avril 1836 ne nous donne aucun droit ; il ne sert qu'à interpréter le testament du 20 septembre 1835. Or, ce testament est valable ; il est

(1) Africanus, L. 109, D., *De legat.*, 1°.

en la forme olographe : il renferme une volonté précise, une institution d'héritier ; les légataires sont nommés, le testateur déclare sa volonté de les gratifier. Il n'y a qu'un point incertain : c'est la mesure des droits de ces héritiers. Or, cette mesure peut être déterminée par un acte qui n'a pas la forme d'un testament et auquel s'en réfère le testateur. Si l'on en doute, on n'a qu'à consulter les lois romaines : elles feront cesser les scrupules (1).

Le tribunal de 1re instance de Bourges adopta ce système. Il vit dans le testament du vicomte de Veauce, de 1835, une institution d'héritier dont la substance était nettement posée ; et, partant de là, il crut pouvoir suivre le procédé donné par Ulpien et Papinien, pour combler la lacune relative à la mesure des droits.

Mais il ne faisait pas attention à une chose importante : c'est que, dans l'espèce des lois romaines, la relation faite par le testateur portait sur un acte certain, tandis qu'ici l'incertitude planait sur l'acte relaté. Le vicomte de Veauce, en effet, s'était référé à un testament, et ses légataires voulaient qu'on se référât à un acte qui n'était pas un testament. En présence de ce projet informe, un doute très-grave saisissait l'esprit. Était-ce là l'acte auquel le testateur s'était référé ? N'avait-il pas en vue un testament parfait qu'il avait rédigé, et qu'on ne représentait pas ? Il ne faut donc pas s'étonner si le jugement de première instance fut infirmé par la cour d'appel de Bourges, et si les légataires universels perdirent leur procès (2). Quoi qu'il en soit, cet arrêt n'infirme en rien les principes posés aux numéros précédents.

(1) *Supra*, no 1456.

(2) Arrêt inédit de Bourges du 23 juillet 1851. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la cour de cassation, le 22 juin 1852, ch. des req. (*Gazette* du 23 juin 1852).

1461. S'il est vrai que le testament puisse se compléter dans certains détails et accessoires qui y manquent par des moyens extrinsèques, il est évident qu'on pourra, à plus forte raison, interpréter ce qui y est exprimé par tout ce qui est de nature à révéler et à préciser la volonté du testateur, bien que ces renseignements soient puisés ailleurs que dans le testament même (1). On pourra donc consulter utilement ses usages personnels, ceux de la contrée où il vivait, ses rapports avec ses légataires ou avec sa propre famille, ses affections, ses antipathies, etc., etc. (2). Rien n'est plus certain, rien n'est plus légal, malgré quelques considérants d'arrêts qui ont été trop loin dans les développements d'une doctrine qu'ils n'avaient pas à appliquer à ce point de vue (3).

1462. Mais toutes les fois qu'il s'agira de la forme de l'acte, ce qui y manque d'essentiel, comme une date ou autre chose semblable, ne pourra être suppléé qu'en puisant dans le testament même et non ailleurs. Ici, les preuves extrinsèques sont sans valeur, parce que dans tout ce qui tient aux solennités, le testament doit se suffire à lui-même (4).

ARTICLE 970.

Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme.

(1) Celsus, l. 25, D., *De rebus dubiis*.

(2) Ulpien, l. 50, § fin., D., *De legat.*, 1o. Paris, 27 août 1811 (Dalloz, *loc. cit.*, t. VI, p. 63). Cassat., rej., 23 décembre 1828 (D., 29, 1, 77). Pothier *sur Orléans*, t. XVI, nos 22 et 154.

(3) *Supra*, n° 1450.

(4) *Infra*, n° 1484.

SOMMAIRE.

1463. Le testament olographe n'était point admis en droit romain, et c'est par exception qu'une novelle de Théodose et Valentinien, et quelques lois du Digeste, ont validé des dispositions olographes.

1464. Dans les pays de coutume, l'usage du testament olographe était très-répandu. — L'ordonnance de 1629 essaya vainement de l'étendre aux pays de droit écrit.

1465. On se demandait alors si un individu, appartenant par son domicile à un pays de droit écrit, pouvait tester par la forme olographe lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.

1466. Aujourd'hui le testament olographe est pratiqué dans toutes les parties de la France.

1467. 1° De l'écriture, par le testateur, du testament olographe. — Conséquence.

1468. Mais une interligne d'une main étrangère ne vicierait le testament qu'autant qu'il serait constant qu'elle en fait partie.

1469. La participation d'un tiers à la confection d'un testament, par exemple pour donner un conseil ou rappeler une règle, ne vicie pas le testament.

1470. Il en serait de même de la participation d'un tiers au testament d'un aveugle.

1471. La loi, dans les trois conditions qu'elle exige pour la confection du testament olographe, n'est pas aussi rigoureuse que s'il sagissait d'un acte public.

1472. Ainsi, le testament pourrait être écrit et signé au crayon.

1473. Il peut être fait sur plusieurs feuilles, même des feuilles volantes. — Espèce soumise à la cour de cassation.

1474. Peu importe que les interlignes ou les ratures aient été ou non approuvées par le testateur.

1475. L'emploi du papier timbré n'est pas nécessaire.

1476. *Quid* du testament par lettres missives? — Il était nul sous l'ordonnance de 1735.

1477. Il faut décider, sous le Code, que la lettre qui porte le caractère d'une disposition testamentaire est valable.

1478. Pour pouvoir être considéré comme testament olographe, l'écrit doit avoir été fait en vue de la mort.

1479. 2° De la date du testament olographe. — La date, jusqu'à l'ordonnance de 1735, ne fut pas considérée comme nécessaire.

1480. Il n'est pas indispensable que la date comprenne l'énonciation du lieu.

1481. La date peut être écrite en chiffres.

1482. Elle doit être écrite de la main du testateur. — *Quid* de la date incertaine?

1483. *Quid* de l'erreur de la date?

1484. Cette erreur peut-elle se suppléer? — Exemple.

1485. Autre exemple rapporté par Dumoulin.

1486. Ce qui paraît être le résultat d'une erreur est quelquefois le résultat d'une volonté réfléchie.

1487. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date.

1488. L'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver une erreur ou une fausseté de date.

1489. Les rectifications, dans les omissions ou erreurs d'un testament olographe, ne peuvent être faites qu'autant qu'elles sont commandées par le contexte même du testament.

1490. Les dispositions additionnelles sont présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte.

1491. La place de la date de l'acte est indifférente.

1492. Le testament olographe fait foi de sa date. — Conséquences.

1493. 3° De la signature du testament olographe. — Elle peut être séparée du corps de l'acte par quelques lignes de blanc.

1494. L'énonciation des noms du testateur, même avec une suite d'écriture, peut être considérée comme signature.

1495. De quel nom le testateur doit-il signer? — Le testament de Massillon.

1496. La signature du nom de baptême pourra, selon les circonstances, être considérée comme suffisante.

1497. Il en est de même de la signature mal orthographiée ou peu lisible, si l'identité du testateur est certaine.

1498. Solennité du testament olographe écrit, daté et signé de la main du testateur. — Conséquences. — Mais l'écriture n'en est pas moins une écriture privée.

1499. Sur qui retombe, en cas de dénégation, la charge de faire la vérification de l'écriture? — Distinction. — Si le légataire est en présence d'un héritier réservataire, c'est à ce légataire à faire la vérification.

1500. Mais si le légataire universel, en présence d'un héritier du sang non réservataire, a obtenu l'envoi en possession, et se trouve ainsi nanti en vertu d'un titre, c'est à l'héritier du sang qu'incombe la vérification.

1501. Réfutation de l'opinion contraire.

1502. Un testament nul comme mystique, peut-il valoir comme olographe? — Renvoi.

1503. Peu importe la langue dans laquelle est écrit le testament.

COMMENTAIRE.

1463. Le testament olographe remonte à des usages très-anciens, que le droit romain avait rencontrés dans sa marche et qui lui avaient paru dignes d'attention. On voit, en effet, dans le Code Théodosien, une novelle des empereurs Théodose et Valentinien, qui, voulant favoriser l'héritier d'une certaine Pélagie dont le testament était dans cette forme, déclarait ceci d'une manière générale : « *Ut quisquis per* » *holographam scripturam, supremum maluerit ordinare ju-* » *dicium, habeat liberam facultatem. Et, si holographa manu* » *testamenta condantur, testes necessarios non putamus* (1). »

Cette novelle donnait, sur l'utilité du testament olographe, les motifs les plus plausibles. Un homme, pressé par le besoin d'exprimer ses dernières volontés, n'est pas toujours à portée d'officiers publics et de témoins ; d'un autre côté, il est facile d'empêcher, par des obsessions, une personne de faire son testament public ; il n'est pas aussi aisé de la surveiller assez pour l'empêcher de faire un testament olographe. Enfin, celui qui fait un testament olographe peut le méditer, le lire et le relire, le corriger, le refondre et le refaire.

Malgré ces excellentes raisons, cette constitution n'eut pas le privilége d'être généralement observée. Justinien n'en fait aucune mention dans son Code : il y déroge même en tant

(1) *Novell.*, lib. 2, tit 4, *De testamentis*, voy. Jacques Godefroy.

que de besoin, en exigeant, par la loi *Hac consultissima*, l'assistance des témoins, même pour les testaments écrits de la main du testateur (1). Toutefois la forme olographe fut autorisée par la novelle 107, au profit du père qui faisait le partage de ses biens entre ses enfants (2); mais ce n'était là qu'une exception, et le testament olographe n'était pas reçu dans le corps de droit.

Il est vrai que quelques lois du Digeste déclarent valables des legs et fidéicommis contenus dans des lettres missives ou dans des écrits olographes (3). Mais on sait que les legs et fidéicommis ne constituaient pas un testament, et que cet acte important exigeait impérieusement l'institution d'héritier, laquelle ne pouvait jamais résulter d'une écriture privée. D'ailleurs, la loi 8, § 5, *De codicillis*, défendit de faire aucune disposition de dernière volonté, sans témoins (4), même des legs et des fidéicommis, bien qu'auparavant ils fussent tellement dégagés de formalités, qu'on pût les faire *etiam nutu* (5).

1464. Les pays de droit écrit, asservis aux décisions du droit de Justinien, n'admirent pas les testaments olographes.

Il n'en fut pas de même dans les pays de coutume. Soit que l'usage, dont le Code Théodosien a conservé la trace, fût dominant dans cette partie des Gaules, soit que le Code Théodosien l'y ait introduit, il est certain que le testament olographe y fut de bonne heure populaire. Les coutumes le consacrent presque toutes et lui donnent même une couleur de solennité égale aux testaments reçus par des officiers

(1) L. 21, C. Just., *De testamentis*.

(2) Furgole, t. I, ch. 2, sect. 2. Ricard, part. 1, n° 1484. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 739, sect. 2, § 4, art. 1.

(3) L. 89, D., *De legat.*, 2°.

(4) L. 22, C. *De fidéicommis*. L. 21, D., *De legat.*, 3°.

(5) Furgole, t. I, p. 115, n° 11.

publics (1). « La forme des testaments pour faire preuve » entière, dit Coquille, a été ordonnée diversement par les » coutumes, mais presque toutes concourent, sur la forme » qui a été prescrite par la coutume de Paris, art. 289, que » le testament soit écrit tout du long, et signé de la main » du testateur (2). » L'ordonnance de 1629, rédigée sous Louis XIII, par le garde des sceaux de Marillac, essaya de l'étendre aux pays de droit écrit ; mais, en ce point comme en beaucoup d'autres, elle échoua. Le testament olographe continua à y être repoussé. L'ordonnance de 1735 respecta ce préjugé et se contenta de maintenir le testament olographe dans les pays qui l'affectionnaient, à cause de sa commodité, de sa facilité, et des garanties de certitude et de réflexion qu'il présente.

1465. De cette bigarrure de législation entre les différentes provinces de France, naissait une question fort controversée et très-diversement résolue par les auteurs et les tribunaux ; savoir : si un individu appartenant par son domicile au pays de droit écrit pouvait tester par la forme olographe, lorsqu'il se trouvait en pays coutumier.

Plusieurs pensaient que la faculté de tester en la forme olographe se réglait par la loi du domicile et que, par exemple, un Toulousain testant à Paris ne pouvait faire sur ses biens situés en pays de droit écrit qu'un testament avec témoins, à moins que ce ne fût un partage entre enfants. Cette opinion est enseignée par Ricard, dont le jugement est si souvent en défaut (3), et on le jugeait ainsi au parlement de Provence, comme le prouve un acte de noto-

(1) Orléans, 289. *Ancienne coutume*, 227. Paris, 289. Nivernais, t. XXXIII, art. 13.

(2) *Instit. au droit français*, tit. *Des testaments*.

(3) Dissert. posthume à la suite de son traité du *Don mutuel*. *Junge* Boullenois, t. II, p. 78.

riété du parquet de cette cour, rapporté par la Touloubre (1). Ce qui paraissait d'autant plus vraisemblable, que puisque le testament olographe est affranchi de la nécessité de contenir la date du lieu (ainsi qu'on le verra tout à l'heure), il est naturel d'en conclure que ce n'est pas le lieu où le testament est fait, qui peut influer sur le pouvoir de faire un testament olographe.

Mais l'opinion contraire trouvait de nombreux apologistes, qui tenaient que la forme du testament dépend du lieu où l'on teste (*locus regit actum*), et que rien n'empêchait un individu domicilié en pays de droit écrit de faire un testament olographe, s'il se trouvait momentanément à Paris. Beaucoup d'arrêts l'avaient ainsi décidé, et c'est pour cette opinion que s'est prononcée la cour de cassation par plusieurs arrêts (2).

1466. Notre article a étendu le testament olographe à toute la France, et il est généralement pratiqué dans les pays anciennement régis par le droit écrit, qui en ont senti les avantages. Cet exemple prouve qu'il est beaucoup plus facile qu'on ne le croit de vaincre certains préjugés. Il suffit de le vouloir et de l'oser.

1467. La première condition requise pour la validité d'un testament olographe, c'est qu'il soit entièrement écrit de la main du testateur. Il suit de là, que si l'écriture du testateur se trouvait mélangée avec une écriture étrangère, le testament serait nul pour le tout. Car, alors, il ne serait ni solennel, ni olographe. Il ne serait point solennel, puisqu'il n'y aurait ni concours du notaire, ni concours des témoins; il ne serait point olographe, puisqu'une main étrangère y

(1) P. 190.

(2) *Infra*, n° 1736. Voy. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 1, p. 742 et suiv.

aurait travaillé, qu'il ne serait point écrit en entier de la main du testateur, et qu'il porterait la trace d'une coopération étrangère qui est contraire à son essence et lui enlève sa spontanéité. Il ne serait donc valable sous aucun aspect.

Il a même été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du mois de mars 1640 (1), que la nullité totale devrait être prononcée, quand même l'écriture étrangère ne comprendrait qu'un renvoi marginal. Il faut dire la même chose pour le cas où des surchages seraient écrites d'une main étrangère. Il y a plus, et Pothier enseigne qu'un seul mot qui serait écrit d'une autre main dans le corps de l'acte, rendrait le testament nul, alors même que ce mot serait superflu (2). En effet, ce mot serait l'indice de la participation d'un tiers, participation toujours suspecte, qui prive le testament olographe du caractère de liberté, d'indépendance, de recueillement individuel qui est son essence.

1468. Observez, néanmoins, que pour qu'un interligne écrit d'une autre main viciât le testament, il faudrait qu'il fût constant qu'il en fit partie, *puta* par l'approbation que le testateur aurait faite de l'interligne; autrement il serait au pouvoir d'un tiers, en la possession duquel un testament tomberait, de détruire ce testament en y insérant quelques interlignes ; ce qui ne saurait être.

1469. Bien que la participation d'un tiers soit proscrite dans la confection d'un testament olographe, il ne faut cependant pas abuser de cette vérité; elle ne s'applique qu'au cas où cette participation se manifeste dans l'acte même de la célébration par une usurpation du ministère qui appartient au testateur seul. Mais elle n'aurait rien de condamnable, si elle consistait dans des faits éloignés, indirects, qui ne sau-

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 747.
(2) *Donat. testam.*, ch. 1, § 2.

raient faire douter par eux-mêmes de l'indépendance d'esprit et de la plénitude de volonté du testateur.

Ainsi, il arrive tous les jours qu'un homme du monde, craignant de se tromper sur l'expression légale de ses dernières intentions, se fait donner un modèle de testament et le copie. Ceci est aussi légitime qu'usuel. Le tiers n'a fait que donner un conseil et rappeler une règle; le testateur n'en a pas moins été le seul ministre du testament en s'y conformant.

1470. Voici quelque chose de plus.

Un aveugle peut employer un secours officieux pour régler son écriture; cette assistance étrangère est permise pour qu'il puisse conserver la mesure et le niveau des lignes, poser sa main, la faire avancer et descendre, marquer les points, et renouveler l'encre; ce sont là des secours matériels qui n'ôtent pas à la volonté du testateur sa puissance indépendante. La tierce personne, qui prête son secours, n'est qu'un agent secondaire, mécanique et obéissant. Au contraire, le testateur est le véritable ministre de l'acte; c'est lui qui y met son effort, son action réfléchie, sa participation personnelle et volontaire! On ne pourrait décider le contraire que s'il eût été entièrement passif, que si sa main eût été entièrement conduite par une direction étrangère, et si par l'ensemble des faits, il était prouvé qu'il eût reçu une direction comme un instrument obéissant (1).

1471. Puisque le testament olographe a été établi par

(1) Nancy, 19 février 1846. Cassat., rej. du pourvoi, req., 28 juin 1847 (Devill., 48, 1, 216). — Jugé en ce sens que le testament olographe émané d'un testateur ne sachant pas lire, et qui n'a écrit et signé ce testament que sur un modèle, et assisté d'une personne qui appelait une à une toutes les lettres de son nom, ne peut être considéré comme écrit de la main du testateur, et dès lors est nul. Req., 20 décembre 1858 (Dalloz, 59, 1, 274; *J. Pal.*, 1859, p. 935; Devill., 59, 1, 389).

condescendance pour les testateurs, afin de leur laisser l'usage de la forme la plus aisée et la plus libre, on n'exige pas certaines sévérités qui sont requises dans la rédaction des actes publics. Il suffit que le testament soit revêtu des trois conditions posées par notre article, pour qu'on se montre facile sur le reste, si, d'ailleurs, la volonté du disposant se montre sans ambages.

1472. Ainsi, par exemple, lors même que le testament serait écrit et signé au crayon, il ne serait pas moins valable. Un homme peut par sa profession, un pasteur, par exemple, être éloigné des habitations; il peut n'avoir pas d'encre. Pourquoi lui serait-il défendu de tracer ses dernières volontés au crayon dont il est porteur ? Il suffit que l'on rencontre, dans son écrit, une expression formelle, une marque certaine de l'adhésion personnelle : *in tabulis, aut chartis membraneis, vel in alia materia.* Un écrit au crayon n'est pas moins un écrit ; s'il est plus fragile qu'un écrit à l'encre, s'il n'est pas indélébile, il n'est pas moins pourvu d'un caractère suffisant de durée pour constater au moment du décès quelle a été la pensée du défunt (1), et l'on aurait tort de le comparer aux caractères fugitifs tracés sur la poussière. N'oublions pas que le testament olographe est le plus libre, le plus simple, le plus spontané de tous les actes.

1473. Rien n'empêche que le testament olographe ne soit écrit sur plusieurs feuilles, et il n'est pas nécessaire que chacune soit signée ou paraphée. Il peut même être écrit sur deux feuilles volantes, pourvu que leur liaison puisse être établie par des indications tirées *ex ipsomet testamento, non aliunde.*

L'espèce suivante s'est présentée à la cour de cassation :

(1) Aix, 27 janvier 1846 (Devill., 18, 2, 30). MM. Coin-Delisle, art. 970 n° 23. Marcadé, n° 2, sur l'art. 970.

j'en ai connu à la chambre des requêtes, et elle m'a paru digne d'intérêt.

M. Leyraud, alors député de la Creuse, demandait l'exécution d'un testament olographe fait à son profit par un sieur Meunier, qui l'instituait son légataire universel. Ce testament était écrit sur le *recto* de deux feuilles séparées. Toutes les dispositions étaient écrites sur le premier feuillet, qui était daté ; sur le second feuillet, on lisait : « Telles sont » mes volontés testamentaires, qui seront, j'espère, respec- » tées. J'annule tout testament que je peux avoir fait sous » date antérieure à celle-ci. Néris, ce 29 juillet 1838. Si- » gné : Meunier. » C'est le sieur Leyraud qui avait réuni ces deux feuilles l'une à l'autre avec deux pains à cacheter. Elles portaient les traces d'un violent froissement.

Ce testament fut fortement critiqué. On se prévalut de sa forme singulière pour soutenir que ce n'était qu'un projet ; on disait que la première feuille ne se liait à la seconde par aucun lien nécessaire, matériel, grammatical, ou intellectuel ; que l'institution portée sur la première, n'étant pas signée, était sans valeur, qu'elle ne pouvait se soutenir qu'en y rattachant la seconde feuille, laquelle pouvait aussi bien appartenir à tout autre corps d'écriture ; que rien n'empêchait de supposer qu'une troisième feuille, placée entre la première et la deuxième, ne contînt d'autres conditions modificatives. Le froissement du papier venait à l'appui de ce système.

Mais les circonstances de fait firent écarter par la cour de Limoges ces critiques assez plausibles en apparence.

Tout prouvait, en effet, que l'acte avait été écrit au même moment, avec la même plume, la même encre, la même pose de main, les mêmes caractères ; qu'il y avait, par conséquent, un ensemble complet. La première feuille portait en outre, comme la seconde, la date de Néris ; ce qui forti-

fiait le lien des deux corps d'écriture. Enfin, le testateur avait remis lui-même l'acte à M. Leyraud, pour lequel il avait de la reconaissance et de l'affection. Et le caractère de M. Leyraud ne permettait pas de supposer l'existence d'une feuille intermédiaire, qui n'aurait été supprimée que par fraude.

Ces motifs firent rejeter le pourvoi par arrêt de la chambre civile, du 21 juin 1842 (1).

1474. Quand le testament olographe renferme des interlignes écrits de la main du testateur, il n'est pas indispensable de les approuver. Le seul fait qu'ils sont écrits par le testateur, les sauve de toute critique, puisque le testament est son ouvrage, qu'il en est le seul ministre, et qu'il importe peu que ces interlignes aient été mis après coup.

Il en est de même des ratures : rien n'oblige de les approuver. Ce qui est raturé est retranché, parce que la dernière volonté y manque; tout le reste subsiste.

On voit, par là, que les dispositions de la loi de l'an XI, sur le notariat, ne sont point applicables aux testaments olographes.

Ceci posé, il est clair que si la rature couvrait le nom du légataire ou de la chose léguée, la disposition serait viciée, parce qu'il y aurait preuve que le testateur n'a pas voulu la laisser subsister. « *Nihil interest inducatur quod scriptum est, an adimatur* (2). »

1475. Un testament olographe n'a pas pas besoin d'être écrit sur papier timbré : la cour de Nîmes a même jugé qu'un testament olographe, écrit sur un livre de compte, est valable (3).

1476. D'après l'article 3 de l'ordonnance de 1735, un

(1) Devill., 42, 1, 577, 578.
(2) L. 16, D. *De adim. légat. Pand.* de Pothier, t. II, p. 431, n° 10.
(3) 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633, 634).

un testament olographe, fait en forme de lettre missive, aurait été nul. Cet article portait en effet; « Voulons que les dis-
» positions qui seraient faites par lettres missives soient re-
» gardées comme nulles et de nul effet. » Le législateur avait probablement pensé qu'une lettre missive ne porte pas avec elle un caractère assez déterminé pour faire supposer que c'est sa résolution définitive que le testateur a voulu coucher par écrit (1).

1477. En est-il de même sous le Code Napoléon?

Cette question a été controversée autrefois plus qu'elle ne l'est aujourd'hui. M. Toullier pense que la disposition de de l'art. 3 de l'ordonnance de 1735, n'ayant pas été répétée dans le Code, se trouve implicitement abrogée, et qu'on peut tester par lettres missives (2).

Merlin, après avoir enseigné que le testament fait en forme de lettres missives est nul, est revenu de cette opinion et a soutenu avec force la validité de cette manière de disposer (3).

D'un autre côté, M. Bigot de Préameneu, dans l'exposé des motifs (4), dit formellement que, dans l'esprit du Code, « les dispositions faites verbalement, par signes ou par
» lettres missives, ne sont pas admises. »

Quant à nous, nous ne voyons pas ce qui pourrait empêcher de regarder comme testament olographe une lettre missive qui contiendrait explicitement une institution d'héritier et qui du reste serait écrite, signée et datée de la main du testateur. Une déclaration si formelle serait autre chose qu'un témoignage vague d'affection (5); ce serait l'exposition d'une volonté bien ferme et bien déterminée.

(1) Pothier *sur Orléans*, Introd., t. XVI, n° 9 Furgole. 2, 7. 20.
(2) Toullier, t. V, n° 378.
(3) Répert., t. XVII, v° *Testament*, p. 660, col. 1, art. 5.
(4) Fenet, t. XII, p. 553.
(5) L. 17, D, *De jure codicill.* (Paul) : « ... *Litteræ, quibus hæreditas*

Nous sommes peu touchée de l'opinion manifesté par M. Bigot, car trop souvent l'on trouve des erreurs et des contradictions dans les discours des orateurs du gouvernement. Consultons le bon sens et la vérité; leur réponse n'est pas douteuse.

Je sais bien que le dernier état de la jurisprudence romaine avait rejeté les dispositions par lettres (1), si ce n'est les partages du père entre ses enfants (2). Il est cependant certain que, par le droit des Pandectes, on pouvait faire des legs et fidéicommis par lettre (3). Si, par la suite, cette jurisprudence changea, c'est qu'on exigea plus de solennité pour ces sortes de libéralités, et que nulle écriture privée ne fût valable sans témoins (4). Quoi qu'il en soit, on voit que, dans les points spéciaux où le droit romain admet les écritures privées, comme les partages entre enfants, il n'hésite pas à admettre les lettres, ainsi que Justinien le repète souvent dans la novelle 107. Pourquoi en serait-il autrement sous le Code Napoléon qui ne les proscrit pas? Il suffit qu'elles soient précises, formelles et dispositives. C'est, au surplus, ce qui aujourd'hui est généralement reçu dans la pratique, et cette question ne s'agite plus que dans les livres (5). Il n'y a de controverse au Palais que sur le caractère dispositif ou non des lettres produites comme testament (6).

1478. Ceci nous conduit à dire, d'une manière plus générale, que tout écrit quelconque, lettre ou autre, qu'on présenterait comme contenant les dernières dispositions d'un

» *promittitur, vel animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent.* »

(1) *Supra*, n° 1463.

(2) Novelle 107.

(3) *Supra*, n° 1463.

(4) *Ibid.*

(5) Colmar, 5 avril 1824 (Dalloz, 25, 2, 63).

(6) Bruxelles, 16 août 1807 (Dalloz, t. V, p. 625). Cassat., req., 24 juin 1828 (Devill., 9, 1, 116).

individu, ne pourrait être considéré comme testament olographe que s'il se référait à une époque postérieure à sa mort, que s'il avait été fait en vue de la mort, en un mot dans l'intention de tester.

Sans cette intention manifestée, l'acte devait être considéré comme contenant une donation entre-vifs. Écoutons Voët : « *Necesse videtur ut aliqua in donando mortalitatis mentio* » *fiat* (1). » Dans le doute, on présume que la donation est entre-vifs plutôt qu'à cause de mort, le mot donner étant propre à la donation, et ne s'employant qu'imparfaitement dans les donations à cause de mort. Menochius (2) enseigne très-disertement cette doctrine : « *Cum nulla mortis mentio facta* » *est in donatione, illa censetur donatio inter vivos, sicut* » *omnes scribunt : et quando vere sumus in dubio, præsumi-* » *tur potius donatio inter vivos quam causa mortis. Extendi-* » *tur hæc sententia ut habeat locum, etiam quando ab infirmo et* » *ægrotante facta est; nam si nulla facta est mortis men-* » *tio, præsumitur inter vivos.* » Tel est aussi l'avis de Furgole (3). Il faut le suivre, en se gardant pourtant de l'exagerer.

Il suit de là que l'acte dont nous parlons n'étant pas un testament, puisqu'il n'aurait pas trait à la mort, ne pourrait pas non plus valoir comme disposition entre-vifs, puisqu'il ne serait pas revêtu des solennités voulues par la loi. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, le 6 thermidor an XIII (4).

Un autre arrêt du 5 février 1822 a corroboré cette jurisprudence, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la

(1) *Ad Pand.*, *De mortis causa donat.*, lib. 39, tit. 6, n° 1.
(2) *Præsumpt.*, 3, 36.
(3) T. I, ch. 14, n° 8.
(4) Répert., v° *Testament*, p. 748.

cour de Caen du 11 juillet 1820, qui avait décidé qu'un papier écrit, daté et signé de la main du sieur Hébert, et contenant ces mots : « Je donne à Marie-Catherine Lefran- » çois tout ce que je possède, » n'était pas un testament : car rien n'indiquait que cet acte eût trait à la mort, quoique le testateur fût mort quatre jours après l'avoir écrit. Tout y est au présent. Le souscripteur donne actuellement, et non pour le temps où il n'existera plus (1).

Mais si l'écrit contient quelques mots qui ont trait à la mort, on fait prévaloir d'autres idées. Ainsi, un écrit dont l'auteur déclare donner ses meubles à sa domestique « *si elle est encore à son service au temps de son décès,* » est un testament (2).

1479. La seconde condition requise pour que le testament olographe soit valable, c'est qu'il soit daté (3). La date est une circonstance importante à connaître. On voit cependant par un fragment du jurisconsulte Modestin que chez les Romains, la date n'était pas indispensable : « *Cum* » *in testamento dies et consul adjecti non sunt, nihil nocet* » *quominus valeat testamentum* (4). » Cependant différents textes prouvent que l'usage était de dater les actes testa-

(1) Dalloz, 23, 1, 64. M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 734.

(2) L. 75, D., *De legat.*, 2°. L. 77, § 26, D., *eod. titulo*. Nîmes, 25 avril 1811 (Dalloz, t. 5, p. 623). Aix, 25 août 1825 (Dalloz, 25, 2, 179. Devill., 8, 2, 134). Grenoble, 18 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 138).

(3) Date vient du vieux mot *datum*, par lequel on terminait autrefois les actes : « *Datum die*, » donné tel jour et tel mois. Jugé en effet que la date d'un testament olographe n'est complète que lorsqu'elle comprend l'année, le mois et le jour de la confection. Rouen, 15 nov. 1838 (Devill., 39, 2, 16); Cassat. 31 janvier 1859 (*J. Pal.* 1859, p. 234 ; Devill. 59, 1, 337); Req., 31 juillet 1860 (Devill., 60, 1, 769 ; Dalloz, 60, 1, 450). V. cependant M. Coin-Delisle, art. 970, n° 28.

(4) Ce fragment dont parle Cujas sur la loi 20, D., *Qui testam. facere poss.*, lui avait été communiqué par son savant ami Pierre Pithou.

mentaires (1), et la novelle 117 exige expressément la date dans les testaments des pères entre leurs enfants.

On pensait généralement autrefois que la date n'était pas nécessaire dans les testaments olographes, et les coutumes n'exigaient que l'écriture et la signature du testateur (2). Mais, quoi qu'en dise M. Toullier, c'était une imprévoyance de leur part : la date, en effet, est très-utile pour apprécier les circonstances du testament, la capacité du testateur au moment de la confection, son intégrité d'esprit. Dumoulin parle d'un testament olographe dont la date lui servit à découvrir les vices (3), et Ricard assure que le même fait s'est présenté à lui dans sa pratique (4); aussi l'art. 58 de l'ordonnance de 1735 exigea-t-il que le testament olographe contînt à l'avenir la date des jour, mois et an (5).

1480. Cette ordonnance, comme on le voit, ne parle pas du lieu, et la jurisprudence était qu'on ne pouvait attaquer un testament olographe sous prétexte de l'omission, dans la date, du lieu où il avait été rédigé.

Doit-il en être de même sous le Code Napoléon ? Oui, sans aucun doute ; car si autrefois on ne tenait pas à l'énonciation du lieu, bien que le testament olographe fût défendu dans certaines provinces, combien, à plus forte raison , ne doit-il pas en être de même sous le Code Napoléon , qui autorise le testament olographe dans toute la France, et rend, par cela même, inutile de savoir s'il a été passé dans tel lieu ou dans tel autre. Il y a plus, c'est que quand même le testament

(1) Ulpien. l. 2, § 6, D, *Quemad. test. aperiantur*. L. 3, C., *Quemad. test. aperiantur*. Cicéron, 13, *Ad. fam.*, 29.

(2) *Coutume de Paris*, 289. *Coutume d'Orléans*, 289.

(3) *Coutume de Paris*, § 96, n° 5.

(4) 1re part., nos 1536 et suiv.

(5) *Infra*, no 1725.

ographe eût été fait dans un pays étranger où cette forme est défendue, il n'en serait pas moins valable en France (art. 999, Code Napoléon); l'indication du lieu paraît donc peu essentielle.

A la vérité, le mot dater embrasse ordinairement l'énonciation du lieu : mais l'ordonnance de 1735 avait fait exception à cette règle pour les testaments, et le Code Napoléon montre, par son silence, qu'il n'a pas voulu innover à cet égard. On peut même dire que, dans le langage des lois, le mot dater ne se réfère qu'au temps (art. 42, 62, 1328, 1332, 1750, 2148, Code Napoléon, 18, 84, 110, 441, Code de commerce) (1).

1481. La date peut être écrite en chiffres, bien qu'il soit mieux de l'écrire en lettres (2).

1482. La date faisant partie du testament et tenant à sa solennité, doit être écrite de la main du testateur de même que le corps de l'acte.

Si la date était incertaine, nul doute que le testament ne fût nul; car *idem est non esse, et non apparere* (3).

On ne considère pas comme date incertaine, celle-ci : « Fait le vendredi saint 1850, » ou « fait le premier jour de » l'an, » ou bien, « fait la veille de Noël. » Ces dates sont évidemment certaines. La pluralité des dates n'est pas non plus une cause d'incertitude. Le testament peut avoir été rédigé en plusieurs jours (4).

(1) Cassat., 6 janvier 1814. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633 et suiv.). Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 600.

(2) Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 8. Merlin, v° *Testament*, p. 595. Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, t. V, p. 633).

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 666.

(4) V. Req. 8 juillet 1823 ; 29 mai 1832 (Dalloz, 32, 1, 220); Bruxelles, 20 mai 1829 ; Rennes, 8 février 1860 (Dalloz, 61, 2, 3). V. aussi MM. Grenier, t. I, n° 228 *bis* ; Merlin, v° *Testament*, sect. 2, § 4, art. 3; Duranton,

Mais une surcharge de la date qui empêcherait de voir le chiffre vrai ferait planer sur ce point une incertitude qui entraînerait la nullité.

1483. L'erreur de la date est comparable à l'incertitude. Mais, quand on prétend que la date est erronée, on ne peut le prouver que par le testament lui-même (1).

1484. L'erreur de la date peut se suppléer par des inductions, ou de toute autre manière, pourvu que ce soit du testament même que sorte la rectification (2). C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Paris a déclaré valable un testament daté du mardi 9 mai 1756, quoique le mardi fût le 8. De même un autre arrêt a confirmé un testament portant la date du 21 juillet *mil sept soixante-quatre*. On considéra comme ne tirant point à conséquence l'omission du mot *cent*, que l'on suppléa par les circonstances données par le testament.

1485. A ce propos, nous rappellerons ce que raconte Dumoulin (3), à savoir : qu'après la mort de M. Gilbert, conseiller au parlement de Paris, arrivée le 9 *août* 1546, on trouva dans sa bibliothèque un testament du mois d'*octobre* de la même année. « Je fus consulté sur ce testament, dit ce » grand jurisconsulte, et j'estimai qu'il était nul parce que la » date étant postérieure au décès, on devait présumer que » l'intention du testateur avait été de ne pas disposer avant » le temps qu'elle désignait, « *non intendebat ante testari !* »

1486. Ceci prouve combien l'on doit être circonspect en pareille matière, et ce que l'on est enclin à prendre quel-

t. IX, n° 33 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 92, note 3. — V. cependant M. Marcadé, art. 970, n° 5.

(1) Douai, 25 avril 1845 (Devill., 45, 2, 463). *Supra*, n° 1462.

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 6, n° 3. Toullier, t. V, n° 361. Grenier, n° 228 *bis*. Duranton, t. IX, n° 39.

(3) *Sur Paris*, § 96.

quefois pour une erreur, peut n'être que le résultat d'une volonté réfléchie. Il n'y a d'erreur proprement dite que lorsque l'énonciation est le fait évident de l'inadvertance, de l'oubli, du hasard, et c'est alors seulement que la rectification peut avoir lieu.

1487. Si la date incertaine ou erronée vicie le testament, à plus forte raison le testament est-il nul si la date est fausse. La fausseté de la date équivaut à l'absence de date ; elle a même de plus graves inconvénients (1).

Le papier timbré sur lequel le testament olographe est écrit peut servir à prouver la fausseté de la date. Si, par exemple, il est prouvé que ce papier n'avait pas encore été mis en circulation à l'époque à laquelle le testament a été écrit, il résulterait de là une preuve de fausseté (2).

1488. L'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver une erreur ou une fausse date (3). Il n'y a pas faux dès l'instant qu'il est établi et non contesté que le testament a été écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

1489. Nous avons dit tout à l'heure, en passant, que les omissions, erreurs, inadvertances, peuvent être suppléées ou rectifiées par des preuves tirées du testament même. Ceci

(1) Merlin, Répert, v° *Testament*, t. XVII, p. 668, n° 10. Bruxelles, 4 déc. 1824 (Devill., 7, 453).

(2) Cassat., 4 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 357). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 453). Cassat., 8 mai 1855 (*J. Pal.* 1855, t. II, p. 506). Amiens, 19 février 1856 (*J. Pal.* 1856, t. I, p. 581) ; Cassat., 18 novembre 1856 (*J. Pal.* 1857, p. 1048). Orléans, 24 janvier 1857 (*J. Pal.* 1858, p. 282) ; Amiens, 8 juin 1858 (*J. Pal.* 1858, p. 812) ; Cass., 31 janvier 1859 (*J. Pal.* 1859, p. 234 ; Devill., 59, 1, 337) ; V. aussi MM. Toullier, t. V, n° 362; Marcadé, art. 970, n° 3, *in fine* ; Demante, t. IV, n° 115 *bis* II; Aubry et Rau, § 668 ; Coin-Delisle, art. 970, n°s 38 et 39 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1006. — V. cependant C. de Cassat. de Belgique, 2 avril 1857 (*J. Pal.* 1859, p. 233).

(3) Cassat., 1er mars 1832 (Devill., 32, 1, 265). Bruxelles, 4 décembre 1824 (Devill., 7, 2, 455).

est fondamental en cette matière. Toutes les présomptions qui viennent *aliunde* n'ont aucune force; on n'admet que celles que le testament fournit dans son contexte, « *ex pro-* » *priis verbis testamenti,* » dit Menochius, » *ex scriptis in tes-* » *tamento non extrinsecus* (1). » Il n'y a pas de doctrine plus certaine (2) et plus utile à garder (3).

C'est pourquoi un certain Decanes ayant laissé un testament daté de 1841, dans lequel il n'y avait ni l'indication du jour, ni celle du mois, ce testament a été déclaré nul parce qu'on ne pouvait y suppléer par le testament même (4).

Au contraire, toutes les fois que le testament a offert les moyens de réparer l'erreur ou l'omission, les juges n'ont pas hésité à s'attacher à ces preuves intrinsèques (5). La jurisprudence offre trop d'exemples de ce point de droit, pour que je veuille les passer en revue : je me contenterai d'en rapporter un seul.

Rousca, peintre en bâtiments, après avoir quitté son commerce, se retira à Marolles avec sa femme. Celle-ci mourut

(1) *Præsumpt.*, IV, 19, 7.

(2) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, 3, 19, 18. Furgole, 5, 4, 18. M. Ravez, *Consultation* (Devill., 43, 2, 469).

(3) Cassat., 26 décembre 1832. Cassat., 9 mai 1833 (Devill., 33, 1, 11, 527). Cassat., 5 janvier 1839 (Devill., 39, 1, 433). Rouen, 14 avril 1847 (Devill., 48, 2, 147).

(4) Cassat., 3 mars 1846 (Devill., 46, 1, 565). Req. 18 août 1859 (Devill., 60, 1, 139; Dalloz, 59, 1, 415). Douai, 29 nov. 1859 (*J. Pal.* 1859, p. 1100). Lyon, 22 février 1859 (Dalloz, 59, 2, 112); Req., 20 février 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 389); 31 juillet 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 1104; Devill., 60, 1, 769).

(5) Cassat., 19 février 1818 (Devill., 5, 1, 435). Cassat., 12 juin 1821 (Devill., 6, 1, 453). Cassat., 2 mars 1830 (Devill., 9, 1, 461). Cassat., 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 282). Cassat., 6 février 1843 (Devill., 43, 1, 214). — Du reste, l'arrêt décidant qu'un testament olographe dont la date est fausse fournit ou ne fournit pas par lui-même un élément de rectification de cette date, échappe, comme jugeant en fait, à la censure de la cour de Cassation, Req., 18 novembre 1856 (*J. Pal*, 1857, p. 1048).

le 28 décembre 1849. Aussitôt, Rousca sort de la chambre mortuaire, passe dans une pièce voisine, y saisit un fusil, et monte à l'étage supérieur; moins d'une heure après une détonation se fait entendre. Rousca venait de se donner la mort. Ce suicide fut sur-le-champ constaté. L'autorité intervint; on trouva sur la table une lettre adressée au maire de Marolles. C'était un testament olographe, testament non daté, par lequel Rousca disposait de sa fortune montant à 12,000 francs au profit de sa sœur et de sa nièce.

Comme le testament n'était pas daté, les frères de Rousca, héritiers naturels, en demandèrent la nullité. Mais l'acte contenait une énonciation qui en précisait le moment avec autant de certitude que s'il eût été daté : c'est que Rousca demandait à son exécuteur testamentaire de le faire enterrer avec sa femme.

Aussi la cour d'appel de Paris (première chambre) décida-t-elle, par arrêt du 5 avril 1851, que, d'après les circonstances et les énonciations du testament, la date en était circonscrite dans l'heure qui s'était écoulée entre la mort de la femme Rousca et le suicide du testateur (1).

1490. Les dispositions additionnelles sont facilement présumées se référer à la date apposée au corps de l'acte (2). On doit supposer qu'elles ont été ajoutées aussitôt après les premières dispositions, et cette présomption devient d'autant plus forte, si les dispositions principales et additionnelles ont une liaison (3).

Si, parmi les dispositions additionnelles, les unes sont datées, et les autres ne le sont pas, il faut examiner si les dispositions non datées ne reçoivent pas une date virtuelle par

(1) Devill., 51, 2, 193.
(2) Cassat., req., 2 fév. 1807 (Dalloz, t. V, p. 636).
(3) Metz, 10 juill. 1816 (Dalloz, t. V, p. 636 et 637).

leur rélation avec les parties datées (1). En cette matière, l'interprétation est la loi souveraine, pourvu qu'elle puise sa base dans le testament même, et il ne faut pas se laisser dominer par les idées d'un formalisme exagéré (2).

1491. De là il suit que la place de la date de l'acte est indifférente : elle peut être au commencement ou à la fin, ou ailleurs, dans le contexte du testament. Il suffit qu'elle précède la signature, ou que, du moins, elle soit placée de manière à être certifiée par cette même signature. Comme exemple des misères de la jurisprudence, je pourrais dire qu'on a discuté beaucoup si une date placé dessous ou a côté de la signature est valable (3). Il a été enfin reconnu qu'une date apposée au-dessous de la signature, c'est-à-dire non à sa hauteur, mais à la hauteur du paraphe, était bonne, lorsqu'il paraissait qu'elle avait été écrite de la même plume, de la même encre, de la même main et sans intervalle (4). L'équité approuve cette décision conforme à des usages qui se sont établis dans la forme épistolaire des gens du monde; elle s'étonne des rigueurs excessives auxquelles des esprits trop méticuleux se sont laissés quelquefois aller par un sentiment de défaveur contre les testaments.

(1) Cassat., 7 mars 1808 (Dalloz, t. V, p. 636).

(2) M. Merlin, Répert., v° *Testament*. t. XVII, p. 757 et suiv. — V. à cet égard les arrêts suivants : Orléans, 3 juillet 1858 (*J. Pal.*, 1859, 235 ; Devill., 59, 2, 139) ; Lyon, 22 février 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 182 ; Devill., 59, 2, 548) ; Dijon, 24 mars 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 235 ; Devill., 59, 2, 323) ; Req., 3 mai 1859 (Dalloz, 59, 1, 273 ; Devill., 59, 1, 376 ; *J. Pal.*, 1860, p. 245); Cassat., 27 juin 1860 (Devill., 50, 1, 773 ; Dalloz, 60, 1, 287, *J. Pal.*, 1861, p. 166); Caen., 21 août 1860 (Dalloz, 61, 2, 4; Devill., 61 2, 205). — V. encore Lyon, 11 décembre 1860 (Dalloz, 61, 2, 62).

(3) M. Merlin, Répert., v° *Signature* et v° *Testament*, t. XVII, p. 757. Liége, 22 février 1812 (Devill., 4, 2, 43).

(4) Cassat., 9 mai 1825 (Dalloz, 25, 1, 314). Paris, 13 août 1818 (Devill., 3, 2, 553). Bordeaux, 12 janvier 1825 (Devill., 8, 1, 5). Cassat., req., rej. 11 mai 1831 (Devill., 31, 1, 189).

1492. Le testament olographe fait foi de sa date (1) : il est en effet tout aussi solennel que le testament authentique, en ce sens qu'il porte avec lui la preuve de ce qu'il contient. C'est une véritable loi qui commande à l'avenir. Le testateur est placé, en quelque sorte, à la hauteur d'un officier public qui imprime la certitude à l'acte dont il est le ministre.

C'est pourquoi, si la date du testament olographe est antérieure à l'interdiction du testateur, on ne sera pas fondé à soutenir qu'il a été antidaté, à moins que des preuves certaines de cette antidate ne soient administrées. C'est pourquoi encore, dans le concours d'un testament authentique et d'un testament olographe postérieur qui le révoque, on se tiendra à ce dernier testament comme faisant foi de son contenu.

A la vérité, l'écriture du testament olographe est sujette à vérification, ainsi que nous le dirons plus bas (2); mais une fois reconnue, elle fait preuve entière (3). La loi serait en contradiction avec elle-même si, en ordonnant d'une part que le testament olographe fût daté, elle voulait de l'autre qu'il ne fît foi de sa date que du jour où, comme les autres actes sous seing privé, il aurait acquis date certaine par la mort du testateur ou par l'enregistrement. Autant vaudrait-il dispenser le testament olographe de la formalité de la date!

Nous avons dit qu'avant l'ordonnance de 1735, on tenait communément que le testament olographe ne devait pas être daté; sous cette jurisprudence, il ne prenait date que du jour du décès du testateur.

Pourquoi l'ordonnance de 1735 fit-elle de la date une formalité des testaments olographes? C'est parce qu'on con-

(1) Cassat., 29 avril 1824 (Dalloz, 24, 1, 191).

(2) N° 1498.

(3) Ricard, part. 1re, nos 1561 et 1569. Voy. cependant Furgole, t. III, p. 409.

sidéra qu'il était indispensable de savoir à quelle époque le testateur avait testé, pour juger de son âge, de sa capacité : on admit donc nécessairement dans ce système que l'indication de cette époque faite par le testateur devait mériter pleine foi. Comment peut-on dès lors, avec un peu de réflexion, assimiler, sous ce rapport, un testament olographe à un acte ordinaire sous seing privé, et le placer sous l'empire de la disposition de l'art. 1328 du Code Napoléon? Voudrait-on, par exemple, que le testateur fît enregistrer son testament pour lui donner date certaine? Voudrait-on qu'il publiât le secret de ses volontés, lorsque précisément la loi n'a créé la forme olographe que pour donner aux citoyens les moyens de tenir leurs dérnières volontés cachées? Aussi, les efforts qui ont été faits dans ces derniers temps pour soutenir que le testament olographe ne fait pas foi de sa date, sont-ils venus se briser contre la sagesse des arrêts et la sagacité des magistrats (1).

1493. La troisième et dernière formalité requise dans le testament olographe, est qu'il soit signé de la main du testateur; c'est la signature qui rend parfait le testament olographe, et sert à attester que tout ce que l'acte contient est l'ouvrage du disposant. C'est ce qui a fait dire à Pothier (2) :
« La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en
» est le complément et la perfection. C'est pourquoi si le
» testateur avait, après et au bas de sa signature, écrit de
» sa main quelque disposition qu'il n'eût pas signée, cette
» disposition non signée serait nulle (3).

Rien n'empêcherait que la signature fût détachée du

(1) Merlin, Répert., v° *Testament,* p. 755, et t. XVII, *eod. verbo,* p. 792, et *etiam,* Quest. de droit, *eod. verbo.*

(2) *Donat. testam.*, p. 299, et *sur Orléans,* t. XVI, n° 8.

(3) Combinez ceci avec notre notre numéro 1491, qui en est l'interprétation bénigne.

corps de l'acte, de manière à en être séparée par un intervalle en blanc plus ou moins grand.

1494. L'énonciation des noms du testateur vers la fin de l'écrit qualifié testament olographe peut être considérée comme une signature, lorsqu'elle est placée après toutes les dispositions constitutives du testament. Peu importe qu'après cette énonciation du nom, il y ait encore une suite d'écriture se liant aux dispositions testamentaires, si les mots qui suivent peuvent être jugés surabondants et inutiles (1).

Que, si l'acte était ainsi terminé : « Fait et signé par moi, » Michel-François Falla, de la commune de Loucin, canton » de Hollogne, ce 20 décembre 1809, » le testament serait évidemment nul, car il n'y aurait pas de signature. Le testateur n'aurait pas plus fait que s'il avait dit : « je, soussigné Michel-François Falla, etc.; » son nom ne se présenterait pas comme signature, mais comme complément d'une proposition au milieu de laquelle il se trouve; ce nom placé avant la date laisserait la date sans signature. Enfin, il aurait été apposé, non pour clore le testament, mais pour compléter une phrase dont le but unique aurait été d'annoncer l'intention de signer. C'est ce qu'a jugé la cour de Liége, par arrêt du 22 décembre 1812 (2).

1495. De quel nom le testateur doit-il signer? L'art. 211 de l'ordonnance de 1629 enjoignait de signer les actes et contrats du nom de famille, et non de celui des seigneuries, à peine de nullité; mais l'on sait que cette ordonnance ne fut pas suivie par les parlements. La loi du 23 juin 1790 ordonna qu'aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille, et quoique cette loi ne répète pas la peine irri-

(1) Rennes, 20 avril 1812. Cassat., 20 avril 1813 (Devill., 4, 1, 332).
(2) Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 586, col. 1.

tante de l'ordonnance du chancelier de Marillac, M. Toullier pense que le sort d'un testament pourrait être compromis si le testateur ne signait pas de son véritable nom, qui est le nom de famille, et s'il signait d'un nom de terre ou autre. Mais ce sont là des assertions frivoles, et cette question est plus claire que le jour. Le testament est valable pourvu qu'il soit signé du nom qui faisait connaître la personne de son vivant (1).

Il est vrai que M. Grenier hésite, un peu effrayé qu'il est par l'histoire devenue fameuse du procès en nullité intenté contre le testament de Massillon, évêque de Clermont, qui avait signé, suivant l'usage des évêques, † *J.-B. évêque de Clermont*. M. Grenier (2) nous apprend que les premiers juges se déclarèrent pour la validité, et que, sur l'appel, on transigea. Mais c'est qu'on le voulut bien. Les noms ont été mis en usage pour désigner les individus et constater leur identité : « *Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt* (3). » Si donc le nom qu'un individu appose au bas d'un acte de dernière volonté, est celui sous lequel il a été connu dans la société, celui qui a toujours servi à le distingner des autres individus, l'acte sera signé et le but de la loi rempli, encore que ce nom soit un nom de terre, un surnom, ou un nom de convention (4); car la seule chose à voir est si l'indi-

(1) Cassat., 23 mars 1824 (Devill., 7, 1, 420).

(2) N° 244.

(3) Instit., *De legat.*, § 29. Julian., l. 8, § 2, D., *De bon. poss. secund. tab.* Gord., c. 4, C., *De testam.* Florent., l. 34. D., *De cond. et demonst.*

(4) Voy. un arrêt de la cour de cassation du 23 mars 1824, qui, en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la cour de Pau, a déclaré valable le testament de Joseph-Jacques Loiseau, évêque de Bayonne, qui n'était signé que des initiales de ses deux prénoms, précédés d'une croix, et suivis de ces mots : *Évêque de Bayonne*. Cette espèce est la même que celle à laquelle a donné lieu le procès relatif au testament de Massillon. La cour de cassation s'est fondée sur ce que la signature mise au bas du testament litigieux est celle que l'évêque de Bayonne employait habituellement dans tous les actes qu'il sous-

vidu est identifié. Toute signature qui remplira cet objet sera valable, et une règle contraire serait arbitraire et inepte (1).

1496. La cour de Corse a même jugé, sur nos conclusions conformes, qu'un testament signé du nom de baptême d'un individu était valable, parce que cet individu n'était appelé par ses concitoyens que par ce nom de baptême (*Pasquale*), suivant l'usage des paysans corses qui ne se désignent que par leurs prénoms, et négligent totalement leur nom de famille. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute sur l'identité de l'individu que toutes les parties convenaient être un certain *Pasquale Perinetti*, qui était désigné par ces nom et prénom dans le corps de l'acte.

1497. Le défaut d'orthographe dans la signature de l'individu ne pourrait nuire en aucune manière à la validité du testament, pourvu que l'identité ne laissât pas de doute. M. Merlin (2) a rappelé deux arrêts, l'un du parlement de Flandre, l'autre du parlement de Paris, qui ont jugé valable des testaments où l'on voyait le nom *Constantin* écrit *Constintin*, et le nom *Delau* écrit *Deloos*.

Il en serait de même si la signature, quoique peu lisible, ou mal formée, comme il arrive quelquefois dans la maladie, laissait cependant au juge la possibilité de reconnaître que le testateur a voulu écrire son nom (3).

1498. Le testament olographe ainsi écrit, daté et signé de la main du testateur, est parfait, et n'est assujetti à aucune autre forme. Il vaut comme acte public (4) et solennel (5).

crivait (Devill., 7, 1, 420). Merlin, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 584, col. 1, n° 2.

(1) Paris, 7 avril 1848 (Devill., 48, 2, 217). Bourges, 19 août 1824 (Devill., 7, 2, 428).

(2) Répert., v° *Signature*, § 3, art. 4, p. 634 et suiv.

(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) Orléans, 30 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 286).

(5) *Coutume d'Orléans*, art. 289.

Il fait foi de sa date (1), ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (2). Il est tellement solennel que la reconnaissance d'un enfant naturel y est valablement faite (3). Toutefois, l'écriture n'en est pas moins écriture privée (art. 999); et comme, d'après l'art. 1324 du Code Napoléon, tout écrit privé doit être vérifié, lorsque la partie à laquelle on l'oppose déclare le méconnaître, il s'ensuit que le testament olographe ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux et qu'il est sujet à vérification comme tous les actes sous seing privé, malgré ce que Furgole a pu dire à cette égard (4). Telle était l'opinion dans l'ancienne jurisprudence. « Le testament olographe est sujet » à vérification, dit Bourjon (5), » et, c'est aussi ce qu'ont jugé des arrêts en très-grand nombre (6).

1499. Mais sur qui retombe la charge de faire cette vérification ? Est-ce au légataire institué à y faire procéder ? Est-ce, au contraire, à l'héritier du sang? On a beaucoup disserté là-dessus, et, malgré d'imposants arrêts de la cour de cassation, la controverse n'est pas finie (7).

Distinguons quelques cas pour nous retrouver dans ce mélange d'opinions contraires. Et d'abord supposons que le testateur a lui-même déposé son testament chez un notaire,

(1) Douai, 15 avril 1845 (S. Devill., 45, 2, 463). Nancy, 15 juillet 1843 (Devill.. 43, 2, 469). Cassat., 11 juin 1810 (Dalloz, t. V, p. 631).

(2) N° 1492.

(3) Cassat., rej., 3 septembre 1806 (Devill., 2, 1, 285). Merlin, Répert., v° *Filiation*, n° 3, et Toullier, t. VII, n° 953. Voy. cependant Cassat., 7 mai 1833 (Devill., 33, 1, 355), et MM. Chabot sur l'art. 756 et Duranton, t. II, p. 213.

(4) Ch. 2, sect. 6.

(5) *Droit commun*, t. II, p. 203, tit. 9, part. 2, ch. 1, section 1, n° 3. Pothier *sur Orléans*, t. XVI, n° 10.

(6) Colmar, 12 juillet 1807 (Devill.. 2, 2, 276). Bruxelles, 21 juin 1810 (Devill., 3, 2, 292). Cassat., 13 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 246).

(7) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 778, sect. 2. § 4, art. 6, n° 5.

et reconnu, en le déposant, qu'il est entièrement écrit de sa main. En pareil cas, l'écriture est reconnue (1); il n'y a même pas lieu à vérification (2).

Allons plus loin, et supposons que le testament olographe n'ait pas reçu, du vivant du testateur, ce cachet de certitude.

Il est tout d'abord évident que lorsque le légataire se présente à un héritier à réserve, pour demander l'effet du testament, la seule méconnaissance de cet héritier suffit pour arrêter le légataire, paralyser son titre, et l'obliger à prendre l'initiative de la vérification. Le légataire est nécessairement obligé de demander la délivrance à l'héritier à réserve. Il est toujours demandeur à l'égard de ce dernier. Rien ne le place en dehors des principes du droit commun relatif à la vérification d'écriture et de la règle : *Incumbit onus probandi ei qui dicit.*

Jusqu'ici nulle difficulté possible.

1500. Maintenant, plaçons le légataire universel en présence d'un héritier du sang non réservataire.

On verra par l'art. 1008 du Code Napoléon que le légataire universel, en vertu d'un testament olographe ou mystique, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président (3). Cette ordonnance de mise en possession a été prescrite par la loi pour donner au testament olographe ou mystique l'exécution parée qui lui manque; elle a pour but d'unir à la saisine de droit (art. 1004) la saisine de fait, la possession effective que le légataire ne saurait prendre en vertu d'un acte qui, malgré sa solennité, n'est cependant qu'un acte sous seing privé (4); elle est un

(1) Art. 1322 C. N.

(2) Pothier *sur Orléans*, t. XVI, nº 10. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 647.

(3) *Infra*, nº 1824.

(4) Art. 999 C. N.

moyen de protéger le droit des parents intéressés et de rassurer la société.

C'est pourquoi les héritiers du sang peuvent intervenir pour s'opposer à l'envoi en possession, et, dans ce cas, leur déclaration qu'ils méconnaissent l'écriture du défunt peut suffire, suivant l'apparence des circonstances, pour arrêter l'envoi en possession et mettre par conséquent le légataire universel dans la nécessité de faire vérifier l'écriture du testament (1). Il peut aussi en être de même (toujours suivant la vraisemblance et la gravité des circonstances) lorsque les héritiers naturels font opposition à l'ordonnance de mise en possession (2); leur opposition peut être portée devant le tribunal avec un caractère de vraisemblance si grave qu'elle remette en question la mise en possession, qu'elle la tienne en suspens, et que le légataire universel ne puisse en obtenir le maintien qu'en prouvant que le testament est bien de la main du défunt (3). Mais il est non moins certain, d'après la jurisprudence, que le juge est chargé d'apprécier, suivant ses lumières et sa conscience, la force de la méconnaissance de l'écriture de la part de l'héritier naturel, et que si cette méconnaissance lui paraît vague, douteuse ou hasardée, il peut, sans attendre la vérification qui se fera plus tard, ou envoyer le légataire en possession par une ordonnance rendue conformément à l'art. 1008 du Code Napoléon, ou le

(1) Cassat., 13 novembre 1816 (Dalloz, t. V, p. 661). Mais l'ordonnance d'envoi en possession une fois rendue ne peut être révoquée par cela seul que les héritiers, qui ne s'y étaient pas opposés devant le président, déclarent en appel méconnaître l'écriture et la signature du testament, sauf aux héritiers à poursuivre l'annulation et même à demander telles mesures conservatoirces qu'ils jugeraient convenables pour assurer le but de leur action. Caen, 20 juillet 1859 (*J. Pal.* 1860, p. 312). V. *infra*, nos 1829 et suiv.

(2) *Infra*, n° 1820. Arg. d'un arrêt de Paris du 11 août 1809 (Dalloz, t. V, p. 670).

(3) Même arrêt.

maintenir dans le bénéfice de l'ordonnance déjà antérieurement rendue et frappée d'opposition. Alors, le légataire universel est nanti en vertu d'un titre auquel provision est due, et il garde la saisine de fait tant que les héritiers du sang n'ont pas établi leurs prétentions (1). C'est aussi ce qui arrive lorsque la mise en possession a été ordonnée sans procédure contradictoire, sur la seule requête du légataire univerrel et sans opposition. Cette ordonnance est un acte qui a donné au testament une exécution parée; quand, ensuite, l'héritier du sang vient agir en pétition d'hérédité et en délaissement, il rencontre dans ce précédent le principe d'une possession qui rejette sur lui tout le poids de la preuve.

De là il suit que l'héritier du sang, réduit à demander le délaissement de la succession à un légataire qui possède légalement, ne l'obtiendra (à moins qu'il n'y ait eu une surprise probable) qu'en prouvant que l'écriture n'est pas de son auteur. Car ce n'est pas avec un doute exprimé, ou même avec une négation, qu'il fera tomber la saisine de droit et de fait dont son adversaire a le bénéfice. C'est ce que la cour de cassation a décidé par plusieurs arrêts (2). Et voici le résumé de sa jurisprudence : Le testament olographe est investi par

(1) Arrêt de Rouen du 28 mars 1816, et arrêt du 2 février 1818 de la chambre civile de la cour de cassation, qui rejette le pourvoi (Dalloz, 5, 671).

(2) 28 décembre 1824 (*J. Pal.*, t. XVIII, p. 1268). 10 août 1825 (Devill., 8, 1, 173. Dalloz, 25, 1, 464). 16 juin 1830 (Devill., 9, 1, 542). 20 mars 1833 (Devill., 33, 1, 307. Dalloz, 33, 1, 151). 23 mai 1843 (*J. Pal.*, 1843, t. II, p. 30). 9 novembre 1847 (Devill., 48, 1, 228). 23 janvier 1850 (Devill., 50, 1, 302). 21 juillet 1852 (Devill., 52, 1, 655). 25 août 1853 (Devill., 53, 1, 756). Conf. M. Coin-Delisle, art. 1008, nos 17 et 18. Et il a été décidé, en conséquence, que le légataire universel, à la charge de qui a été mise, en première instance, et faute par lui de s'être fait envoyer en possession, la vérification du testament dont l'écriture a été méconnue par les héritiers, ne peut, sur l'appel du jugement qui a déclaré qu'il n'avait pas prouvé la sincérité du testament, se prévaloir d'une ordonnance d'envoi en possession par lui obtenue subrepticement depuis ce jugement pour demander

la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers, puisqu'elle donne la saisine de plein droit au légataire universel institué dans cette forme, lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve. A cette saisine se joint la possession de fait au profit du légataire universel qui a rempli les conditions exigées par les art. 1007 et 1008. Or, la saisine de droit et la saisine de fait étant réunies, c'est à ceux qui veulent les attaquer en renversant le titre, à en prouver le vice, suivant la maxime : « *Onus probandi incumbit ei qui dicit.* »

J'avoue que ce raisonnement me paraît tellement puissant, que je ne vois pas ce qu'on y peut répondre.

1501. Beaucoup d'auteurs cependant ne s'y sont pas rendus; ils ont enseigné, comme règle invariable, que, malgré l'ordonnance de mise en possession, la seule méconnaissance de l'écriture faite par l'héritier du sang doit mettre à la charge du légataire la vérification de l'écriture (1), et un grand nombre d'arrêts de cour d'appel se sont rangés à cette opinion (2). Mais, malgré les dissertations et les consultations que j'ai lues, malgré les plaidoiries que j'ai cent fois entendues, je n'ai jamais compris ce système. Ses partisans se fondent sur ce que le testament olographe est un acte sous seing privé, et ils se retranchent obstinément dans les

devant la cour d'appel d'être déchargé de l'obligation de faire cette preuve et rejeter sur les héritiers l'obligation de prouver la fausseté du testament litigieux. Req., 12 mai 1860 (Devill., 61, 1, 79; Dalloz, 60, 1, 434).

(1) Merlin, Répert., vo *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 4, art. 6, no 5. MM. Boncenne, t. III, p. 445. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 3, art. 5, no 6. Zachariæ, t. V, p. 87, et ses annotateurs. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, t. II, p. 663. Marcadé, art. 1008.

(2) Metz, 3 mai 1815 (Devill., 5, 2, 38). Bourges, 4 avril 1817 et 10 mars 1834 (Devill., 34, 2, 307). Montpellier, 19 juillet 1827 (Devill., 8, 2, 395). Lyon, 11 mars 1839 (Dalloz, 40, 2, 81). Aix, 12 juin 1840 (Dalloz, 41, 2, 15). Caen, 2 juillet 1851 (Devill., 52, 2, 13) et 17 janvier 1852 (Devill., 53, 2, 411). Douai, 10 janvier 1854 (Devill., 54, 2, 435).

articles 1323 et 1324 du Code Napoléon. Ils ne voient pas que, quoique acte sous seing privé, le testament olographe est régi par le droit spécial des articles 1006, 1007 et 1008 de ce même Code; que l'envoi en possession, prononcé par le juge, est un fait d'une importance évidente, attaché au caractère incomparable de cet écrit, qui se différencie de tous les autres, et gît dans une classe à part.

Dans le système que nous repoussons, on est fort embarrassé de la possession donnée au légataire universel afin de légaliser sa position; on sent bien que la dénégation de l'héritier du sang, qui n'est qu'une simple allégation, quelquefois un doute fort léger, ne saurait débusquer le possesseur de son retranchement. Alors, pour tourner la difficulté, on a imaginé de convertir la possession du légataire universel en une détention à titre de séquestre judiciaire (1). Mais quoi de plus arbitraire, quoi de plus opposé au respect que la possession a toujours mérité? Voilà une possession qui a été attribuée par le juge, lequel est intervenu en vertu de la loi, pour donner à l'acte l'exécution parée qui lui manque naturellement; et l'on viendra fouler aux pieds cette œuvre de l'autorité publique; on traitera cet écrit sur lequel elle a imprimé son *pareatis*, comme le premier chiffon de papier venu; on renversera, sur une simple dénégation, sur un simple doute, des positions ainsi acquises!! Non! la possession, et surtout la possesion d'une hérédité ne doit pas rester en suspens; on n'en change pas ainsi les effets; on ne la soumet pas à de tels caprices.

Je veux bien accorder, cependant, que si la dénégation de l'héritier est appuyée de vraisemblances desquelles il résulte que l'ordonnance a été surprise, le tribunal saisi du fond devra aviser et prendre les mesures commandées par les

(1) Aix, *loc. cit.*

circonstances. Mais ce sera un accident dont il ne faut pas faire une règle. Il y a plus de testaments vrais que de testaments faux; il y a plus de méconnaissances d'écriture dictées par la chicane que par la conviction qu'un faux a été commis. Préférons la jurisprudence qui vient au secours de la bonne foi, à celle qui se range du côté des piéges de procédure et des calculs de la mauvaise humeur (1).

1502. Nous examinerons, quand nous parlerons du testament mystique, si un testament nul comme mystique peut valoir comme olographe (2).

1503. Terminons en faisant remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le testament olographe soit écrit en français. Qu'il soit écrit en italien, en languedocien, etc., il vaut puisqu'il est l'expression de la volonté du testateur (3).

ARTICLE 971.

Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

SOMMAIRE.

1504. Du testament par acte public en droit romain et dans les pays coutumiers.

1505. Le Code Napoléon ne reconnaît plus que les notaires pour recevoir ce testament. — Nombre des témoins ou des notaires.

(1) En ce sens, MM. Toullier, t. V, n° 503; Grenier, n° 292, 4°; Duranton, t. IX, n° 46; Coin-Delisle sur l'article 1008, n° 17; et plusieurs arrêts de cour d'appel conformes à la jurisprudence de la cour de cassation : Bordeaux, 12 avril 1848 (Devill., 48, 2, 390) Caen, 4 avril 1842 (Devill., 1842, 2, 336), etc., etc.

(2) *Infra*, n° 1654.

(3) La loi 21, § 4, C., *De testam.*, décidait qu'on pouvait tester en grec.

1506. Portée du mot *testament* sous le rapport de la solennité.
1507. Le testament par acte public doit-il, chez nous comme en droit romain, être fait *uno contextu?*
1508. Le testament par acte public peut-il être expédié en brevet?
1509. Le notaire peut-il se dessaisir de la minute sur la demande du testateur? Renvoi.
1510. Décision du ministre des finances, quant à la délivrance des expéditions des testaments par acte public.
1511. Le juge ne pourrait, contre le vœu du testateur, ordonner la délivrance de l'expédition du testament, du vivant du testateur, sur la demande d'une partie se disant intéressée.

COMMENTAIRE.

1504. Le testament par acte public s'appelle quelquefois testament nuncupatif, parce qu'il remplace le testament nuncupatif écrit, en usage dans les pays régis par le droit romain, et consacré par l'art. 4 de l'ordonnance de 1735. Il se faisait avec l'assistance de sept témoins, y compris le notaire chargé de recueillir la disposition par écrit. Le testateur devait le dicter intelligiblement (ce qui était la nuncupation), et, après lecture donnée, l'acte devait être signé par le testateur, les témoins et le notaire (1).

Quant aux codicilles qui, comme on sait, comportaient moins de solennité, l'ordonnance voulait qu'ils fussent faits en présence de cinq témoins y compris le notaire (2).

Dans les pays coutumiers on avait aussi l'usage du testament par acte public. Il était reçu par deux notaires ou tabellions, ou par un notaire ou un tabellion en présence de deux témoins. Le testateur dictait sa volonté; on lui en donnait lecture, et il signait avec les notaires ou avec le notaire et les témoins (3). Ce règlement était commun aux codi-

(1) Art. 5 de l'ord. de 1735.
(2) Art. 14 de la même ord.
(3) Art. 23 *ejusdem*.

cilles qui, en pays de coutume, ne différaient en rien des testaments.

Dans plusieurs coutumes que l'ordonnance de 1731 n'avait pas abrogées, on admettait les curés et les officiers de justice à recevoir des testaments comme les notaires (1).

On voit que le testament public dont nous parlons, n'était autre que le testament nuncupatif écrit des pays régis par le droit romain, avec un peu moins de solennité.

1505. Le Code Napoléon a pris un terme moyen entre l'usage suivi en pays de droit écrit, et l'usage adopté par les pays de coutume. C'est la cour de Bordeaux qui le proposa (2).

Il veut que le testament nuncupatif ou (comme il dit) par acte public, soit reçu par deux notaires assistés de deux témoins, ou par un notaire assisté de quatre témoins.

Mais il ne reconnaît plus que les notaires comme personnes capables de rédiger et de recevoir les dernières volontés des particuliers. Toute coutume contraire est entièrement abrogée (3).

1506. Le mot testament a, sous le rapport de la solennité, une portée qu'il ne faut pas perdre de vue. Il embrasse toutes les parties de l'acte d'où résulte la preuve d'une dernière volonté. Ce n'est pas seulement le témoignage porté par le testateur de sa volonté, c'est encore le cortége des formalités nécessaires pour donner à cette volonté son caractère authentique (4). D'où il suit que l'acte n'est complet et valable qu'autant qu'il se développe régulièrement dant tout

(1) Coquille, *Instit. au droit français*, ch. *Des testaments*. C. Nivernais, ch. 33, art. 13. C. Orléans, 289. C. Paris, art. 289.

(2) Fenet, t. III, p. 198.

(3) Néanmoins on décide qu'en Algérie, dans les localités où il n'existe pas de notaires, les testaments peuvent être reçus par les secrétaires des commissariats civils. Alger, 22 février 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 68; Dalloz, 59, 2, 143).

(4) Caen, 13 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).

ce qui est exigé du testateur et ce qui est prescrit au notaire (1). C'est en cela que consiste la réception.

1507. Le Code Napoléon ne dit pas si, comme dans le droit romain, le testament nuncupatif doit être reçu *uno contextu*. Il ne s'explique, à cet égard, que relativement au testament mystique. Du silence de la loi, on doit conclure que cette formalité n'est pas exigée à peine de nullité. Mais la prudence la conseille aux notaires. Dans l'intervalle des séances, les révélations des témoins pourraient donner l'éveil aux personnes intéressées et provoquer des captations et suggestions (2).

1508. Nous avons dit ci-dessus (3) qu'il doit être gardé minute de l'acte de donation. C'est la disposition de l'art. 931. On ne trouve pas de texte pareil pour ce qui concerne les testaments par acte public ; mais la loi du 25 ventôse an XI supplée à ce silence (4). Elle dit que les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront. On a cependant prétendu que le testament par acte public peut être passé en brevet par la raison que cet art. 20 autorise cette forme sommaire pour « les actes simples qui peuvent être passés en brevet. » Les actes simples, dit-on (5), sont ainsi définis par l'ordonnance du 7 décembre 1723 : « Ceux » qui n'ont rapport à aucun titre ou acte, et ne contiennent » aucune obligation respective. » Or, c'est là, ajoute-t-on, une définition qui s'applique complétement aux testaments. Les testaments, en effet, sont des actes simples, puisqu'ils n'ont pour objet ni de reconnaître, ni de modifier des titres antérieurs, et qu'ils forment, à eux seuls, des titres primor-

(1) Arrêt précité.

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 5. *Infra*, n° 1651.

(3) N° 1040.

(4) Art. 20.

(5) Merlin, Répert., v° *Notaire*, t. XVII, p. 222 et suivantes, sect. 5, n° 6.

diaux, et que, d'un autre côté, ils ne contiennent aucune obligation synallagmatique, ou même unilatérale, puisque les testateurs ne s'obligent à rien.

A quoi on peut ajouter que, dans l'ancienne jurisprudence, bien que l'usage général fût que les notaires retinssent minute des testaments par acte public, néanmoins il arrivait quelquefois que, sur la demande du testateur, le notaire passât l'acte en brevet pour le lui remettre (1). Mais la loi du 25 ventôse a posé des règles précises, qui ne laissent pas place à cette pratique relâchée. Il nous suffit de rappeler la définition que le rapporteur de la loi de ventose an XI donnait de ces mots *actes simples* (2) : « Ce sont, disait-il, ceux » dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un » objet ou intérêt en lui-même simple et passager. » Un tel langage peut-il s'appliquer à cet acte si grave, si solennel, qu'on appelle le testament public, à cet acte qui renferme le *supremum defuncti judicium*, et où le notaire est le ministre de ce qu'il y a de plus élevé dans la volonté de l'homme, et de plus semblable au pouvoir du législateur (3) ?

Du reste, un avis du comité de législation du conseil d'Etat du 7 avril 1821 (4) a tranché la question dans ce sens, et il suffira d'indiquer les considérants qui l'ont déterminé :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 20 de la loi du » 25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de garder minute » de tous les actes qu'ils passent ;

» Que, suivant le même article, il n'y a d'exception à » cette règle que pour les actes simples qui peuvent être » expédiés en brevet ;

» Que les actes simples sont, ainsi que le mot l'indique,

(1) Ferrière, *Science parfaite du notaire*, I, 22.
(2) Merlin, Répert., v° *Notaire*, t. VIIII, p. 626, § 5, a cité ce passage
(3) *Junge* M. Coin-Delisle, n° 41 et suiv., sur l'art 971.
(4) Sirey, 23, 2, 82.

» ainsi que la déclaration de 1723 l'entendait, ainsi que le
» rapporteur de la loi de ventôse l'a expliqué, ceux dont le
» contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet,
» ou un intérêt simple en lui-même et passager;

» Que l'on ne peut dès lors comprendre sous la dénomina-
» tion d'actes simples, les testaments qui, quant à leur con-
» tenu, à leur nature et à leurs effets, sont sans contredit les
» actes les plus sérieux et les plus solennels ;

» D'où la conséquence que les testaments ne peuvent
» être expédiés en brevet, et doivent être nécessairement
» passés en minute. »

1509. Le testament serait donc nul si le notaire le passait en brevet (1).

Mais il n'en serait pas de même si, après en avoir gardé minute, il venait à s'en dessaisir et à remettre cette minute entre les mains du testateur (2); la validité d'un acte ne peut dépendre d'un fait d'incurie, de négligence, ou d'impuissance, postérieur à sa passation et imputable au dépositaire.

On peut seulement se demander si le testateur voulant révoquer son testament, peut s'en faire remettre la minute. C'est un point que nous examinerons plus tard dans le commentaire de l'art. 1038 (3).

1510. Rien ne défend, du reste, au notaire de délivrer au testateur une expédition de son testament. Il est vrai que l'art. 7 de l'édit du 19 mars 1603 l'interdisait expressément ; mais une décision du ministre des finances, du 25 avril 1809 (4), a autorisé les notaires à délivrer aux testateurs

(1) *Junge* Grenier, nos 277 et 277 *bis*. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note, mêmes nos. MM. Rolland de Villargues, Répert., v° *Minute*, n° 99. Duranton, t. IX, n° 61. Poujol, art. 971, n° 3.

(2) M. Coin-Delisle, n° 51, sur l'art. 971. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note sur le n° 277 *bis*.

(3) *Infra*, n° 2114.

(4) Sirey, 9. 2, 270. Art. 1808, n° 2145.

expédition de leurs testaments, sans même qu'il fût besoin de les faire préalablement enregistrer.

1511. Mais le juge pourrait-il, sur la demande d'une partie intéressée, ordonner la délivrance d'une expédition du testament par extrait, si ce testament renfermait, par exemple, une reconnaissance d'enfant naturel? La négative est évidente. Un testament ne peut faire titre pour personne du vivant du testateur. Les dispositions qu'il renferme, soit qu'elles consistent en libéralités, soit qu'elles aient un autre objet, ont un caractère ambulatoire et secret, et ne sont destinées à recevoir d'exécution qu'après le décès du testateur. Il n'est donc permis à personne d'en exciper (1).

ARTICLE 972.

Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un des notaires, tel qu'il est dicté.

S'il n'y a qu'un notaire, il doit être également dicté par le testateur, et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

SOMMAIRE.

1512. Importance des formalités substantielles du testament par acte public.

1513. Division.

1514. Du notaire et de son ressort, d'après la loi du 25 ventôse an XI.

(1) Voy., en ce sens, un arrêt de la cour d'Amiens du 9 fév. 1826 (Devill., 8, 2, 188). V., en sens contraire, un arrêt de Bastia du 5 juillet 1826 (Devill., 8, 2, 254), qui nous semble renverser toutes les idées fondamentales en matière de testament.

1515. Un notaire interdit de ses fonctions ne pourrait recevoir un testament.

1516. Application qui pourrait être faite de la loi *Barbarius Philippus* à un notaire mineur.

1517. Le notaire ne doit avoir aucun intérêt dans les dispositions du testament qu'il est chargé de recevoir.

1518. Il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire.

1519. L'acte ne serait pas nul parce que le notaire aurait négligé de mentionner son nom et sa résidence.

1520. De la responsabilité du notaire.

1521. De la dictée. — *Quid* de l'interrogation?

1522. C'est en présence des témoins que la dictée doit être faite.

1523. Il suffit que le notaire rende fidèlement, en écrivant, la pensée du testateur.

1524. Le notaire peut aider au développement de l'idée du testateur.

1525. Si le testateur a dicté les dispositions en patois, le notaire peut-il, en écrivant, se servir du langage vulgaire?

1526. Dans tous les cas, il est nécessaire que les témoins comprennent l'idiome employé par le testateur.

1527. Autrement, ils ne seraient pas des témoins dans le vrai sens du mot.

1528. Le notaire doit écrire les dispositions du testateur à mesure, et telles qu'elles lui sont dictées.

1529. Le notaire peut rédiger en français un testament qui lui est dicté en langue étrangère, mais en faisant connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction.

1530. De l'écriture. — Il faut que le notaire écrive lui-même

1531. Si le testament est reçu par deux notaires, tous deux peuvent alternativement écrire.

1532. De la lecture au testateur.

1533. Elle doit avoir lieu en présence des témoins.

1534. Comment doit se faire la lecture, lorsque le testateur et les témoins n'entendent pas la langue française?

1535. De la mention expresse. — Pour quelles raisons elle est exigée.

1536. Sur quelles formalités doit porter la mention expresse?

1537. 1° Mention de la dictée par le testateur. — Définition de la dictée.

1538. Conséquences.

1539. Du reste, il n'est pas nécessaire de mentionner que la dictée a été faite en présence des témoins.

1540. La mention de la dictée peut être remplacée par un équivalent, *adæquate et identice.*

1541. La mention de la dictée ne peut être détruite que par l'inscription de faux. — Renvoi.

1542. 2° Mention de l'écriture par le notaire. — Elle est nécessaire, quand bien même il serait certain que l'écriture est celle du notaire.

1543. Les équipollents, ici encore, sont admissibles, à la condition d'exprimer identiquement la même chose. — Exemples.

1544. Les mots *rédiger, dresser, faire,* se rapportent plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main;

1545. A moins que des modifications de détail n'en viennent changer le sens.

1546. Le mot *reçu* n'est pas un équipollent suffisant pour remplacer le mot *écrit.*

1547. Affaire Duchâtenet. — On ne doit admettre comme équipollents que les mots parfaitement synonymes, et tels, qu'il ne s'y puisse figurer quelque différence.

1548. Le notaire doit-il, non-seulement mentionner qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté?

1549. La place de la mention de l'écriture est indifférente.

1550. 3° Mention de la lecture au testateur. — 4° Mention de la présence des témoins à cette lecture.

1551. La mention de la lecture au testateur peut résulter d'équipollents.

1552. Il en est de même de la mention de la présence des témoins à la lecture; mais il ne faut pas qu'il puisse y avoir d'équivoque.

1553. Affaire Franqueville. — Doute sur l'observation de la mention de la présence des témoins à la lecture, résolu par la cour de cassation contre la validité du testament.

1554. Opinion de M. Toullier contraire à cette solution.

1555. Quoi qu'en dise M. Toullier, la cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. — Examen du premier arrêt opposé par M. Toullier.

1556. Examen du second arrêt.

1557. Examen du troisième arrêt.

1558. Examen du quatrième arrêt.

1559. Réfutation de l'opinion de M. Toullier.

1560. Résumé, sur ce point, de la jurisprudence de la cour de cassation.

1561. La place de la mention de la lecture est indifférente.

1562. Il faut qu'il soit constant, dans la mention, qu'il s'agit de la lecture de tout le testament, à peine de nullité ;

1563. A moins que la disposition additionnelle, non comprise dans cette mention de lecture, n'ait d'autre but que d'expliquer une disposition un peu obscure.

1564. Cette exception toutefois ne s'applique pas à un renvoi qui se rapporte au corps du testament.

1565. Ces mentions expresses peuvent-elles être placées dans la bouche du testateur?

1566. Quand un testament contient les mentions expresses requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux.

1567. Du reste, les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux.

1568. Leurs dépositions, toutefois, ne doivent pas, sans de graves motifs, faire annuler le testament.

1569. Des formalités prescrites par la loi sur le notariat. — Elles sont applicables aux dispositions testamentaires.

1570. Des formalités prescrites par cette loi au sujet des noms des témoins instrumentaires.

1571. L'indication du lieu de la passation de l'acte est-elle nécessaire sous la loi de ventôse?

1572. L'énonciation de la demeure des témoins doit-elle être exactement indiquée?

1573. *Quid* de la date de l'année et du jour? — De l'erreur de date et de la rectification qui peut avoir lieu.

1574. Un testament par acte public ne saurait être annulé pour fausse date, par cela seul que, commencé le soir du jour dont il porte la date, sa dictée a été interrompue jusqu'au lendemain matin par une défaillance du testateur.

1575. Malgré l'art. 16 de la loi sur le notariat, la surcharge de la date n'entraînerait point la nullité du testament.

1576. Si le testament ne vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.

1577. La signature du notaire doit avoir lieu en présence du testateur; mais la mention de la signature est inutile.

COMMENTAIRE.

1512. Après avoir dit ce que c'est que le testament public, le Code en détaille les formalités dans l'article que nous analysons et dans les articles suivants. Nous allons le suivre pas à pas; tout ce qu'il prescrit est de la plus haute importance, et la peine de nullité est prononcée contre l'omission d'une seule des solennités qu'il exige (1). (Art. 1001, Code Napoléon). Les tribunaux se sont toujours montrés sévères sur l'exécution des articles du Code qui nous occupent en ce moment. Sans doute, les testaments sont favorables, et l'on doit suivre de préférence l'interprétation la plus bénigne, « *magis ut valeat quam pereat dispositio.* » Mais quand la formalité substantielle manque, il y a pour l'héritier naturel, qui a aussi son degré de faveur, un droit acquis dont les tribunaux ne le doivent pas priver.

Cependant, prenons garde de ne pas tomber dans un formalisme superstitieux. L'art. 972 ne prescrit aucune formule sacramentelle. Pour que son vœu soit rempli, il suffit que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'ensemble de la rédaction (2).

1513. Notre article roule sur plusieurs points importants ; il s'occupe :

1° Du notaire ;

2° De la dictée ;

3° De l'écriture ;

4° De la lecture au testateur et aux témoins ;

5° De la mention expresse.

Ce sont autant de points qui doivent attirer notre attention, sans que pour cela nous devions perdre de vue la loi

(1) Furgole, ch. 3, n° 13.

(2) Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 71).

du 25 ventôse an XI, sur le notariat, qui se combine avec le Code.

1514. Pour que le notaire puisse instrumenter, il faut qu'il se renferme dans l'étendue de son ressort : c'est là seulement qu'il est officier public ; partout ailleurs, il n'est qu'une personne privée.

Avant la loi de l'an XI, cette question avait été fortement controversée. De graves auteurs (1) soutenaient qu'un acte reçu par un notaire hors de son territoire n'était pas nul. Une loi du 18 brumaire an II portait même que les actes reçus par les notaires hors des limites du département dans l'étendue duquel leur résidence était fixée, ne pourraient être annulés du chef de l'incompétence de ces officiers.

Mais il ne peut y avoir de doute sur ce point, depuis que la loi du 25 ventôse an XI défend à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine de nullité et de tous dommages et intérêts (art. 6 et 68).

L'art. 5 de la même loi fixe ainsi qu'il suit le ressort des notaires.

Les notaires des villes où siége une cour impériale exercent leurs fonctions dans tout le ressort de la cour.

Ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal.

Ceux des autres communes, dans l'étendue du ressort de la justice de paix.

Un testament fait par un notaire hors de son ressort serait donc nul.

1515. Il en serait de même si le notaire était interdit de ses fonctions. Car il n'aurait plus de caractère public.

A plus forte raison, une décision semblable devrait-elle être portée, si la personne qui avait reçu l'acte avait usurpé

(1) Bacquet, *Droit de justice*, l. 3, ch. 35. Loyseau, *Offices*. 1, 6. 100

les fonctions de notaire, sans en avoir été revêtu par le titre du souverain, ou bien si ce notaire, quoique nommé par l'empereur, n'avait pas prêté serment devant le tribunal de première instance. La bonne foi du testateur et des témoins ne pourrait être d'aucune considération, et c'est vainement qu'on invoquerait la fameuse loi *Barbarius Philippus*, 3, D., *De offic. prætor.* Cette loi est dans le cas d'un esclave que le peuple romain avait nommé préteur sans connaître sa qualité de personne servile. Mais il n'en est pas moins vrai que cet esclave avait le titre de préteur. Dès lors, le jurisconsulte pensa qu'on devait respecter ses actes dans l'intérêt public, d'autant que le peuple aurait pu le relever de sa condition d'esclave, s'il l'eût connue. On voit que cette loi est inapplicable à notre espèce, et personne ne saurait dire que, dans le cas posé, la bonne foi des parties peut donner existence au testament.

1516. La loi *Barbarius Philippus* serait seulement applicable, si, par exemple, le notaire nommé par le souverain était mineur. Quoique régulièrement une personne en âge de minorité ne puisse être appelée à des fonctions de notaire, ses actes n'en seraient pas moins bons aux yeux de la loi ; car les parties qui voient une nomination peuvent alléguer une juste cause d'ignorance (1) ; et d'ailleurs n'est-il pas au pouvoir du souverain de donner des dispenses d'âge ?

1517. Il ne suffit pas que le notaire ait toutes les qualités habituelles voulues par la loi, il faut encore « qu'il n'ait » aucun intérêt au testament qu'il est chargé de recevoir. »

L'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI porte que les notaires ne peuvent recevoir des actes qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur. Et l'art. 68 ajoute que tout acte fait en contravention à cette défense sera nul comme

(1) Merlin. Répert., v° *Testament*, p. 603, n° 4

acte public et ne pourra valoir que comme acte sous seing privé, s'il est signé de parties (1).

1518. Enfin, il faut que le notaire reçoive l'acte comme notaire. Sa présence comme témoin ne pourrait servir pour autre chose que pour le faire considérer comme témoin; mais on ne pourrait s'en prévaloir pour lui donner la qualité d'officier public, sous laquelle il ne s'était pas présenté à la rédaction de l'acte.

Pour qu'on puisse considérer le notaire comme ayant agi en cette qualité, il n'est pas absolument nécessaire qu'il ait articulé dans l'acte son titre d'officier public (2). Si l'acte était revêtu des solennités nécessaires pour les actes publics, et qu'il ne fût pas contesté que celui qui l'a reçu fût notaire, ce serait en vain qu'on en querellerait la validité devant les tribunaux (3).

1519. D'après l'art. 12 de la loi sur le notariat, le notaire doit mentionner son nom et sa résidence; sans cela il encourrait une amende de 100 fr. Mais il n'est pas vrai qu'à la peine de 100 fr. contre le notaire, on doive ajouter la nullité contre les parties (4).

1520. Nous avons cité, il n'y a qu'un instant, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui rend les notaires responsables des nullités par eux commises dans les actes qu'ils reçoivent, et les rend passibles de tous dommages et intérêts. C'est même pour que cette responsabilité ne soit pas illusoire qu'on les a soumis à fournir un cautionnement (art. 33 de la même loi).

Cette responsabilité est fort ancienne dans la jurispru-

(1) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 2, n° 20, et v° *Témoin instrument.*, § 2, n°s 3 et 16.

(2) *Contra*, M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 688, col. 2.

(3) Mascardus, *De probat. conclus.*, n° 43. Toullier, t. V, n° 386.

(4) Merlin, Répert., t. XVII, p. 720, col. 2 et 3. *Infra*, n° 1569.

dence française. D'Argentrée disait sur l'un des articles de la coutume de Bretagne : *Notarius de dolo et imperitiâ tenetur* (1).

Mais, tout en érigeant en loi cette responsabilité, l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI y ajoute la sage restriction, *s'il y a lieu*, parce qu'en effet, il y a des cas où il peut n'y avoir ni faute ni dommage, cas qui ont dû être laissés à la prudence des tribunaux.

En parcourant tous les arrêts rendus sur la responsabilité des notaires, on peut s'assurer que, dans les commencements, beaucoup de tribunaux ont abusé de la latitude de la loi pour exempter d'une juste garantie des officiers ministériels qui, par négligence ou par ignorance de leurs devoirs, avaient omis dans des testaments des solennités indispensables, et occasionné la nullité d'actes si importants, si chers aux familles, si précieux pour celui qui, avant de mourir, a voulu régler le sort de son patrimoine (2).

Aujourd'hui les tribunaux sont plus sévères observateurs de la loi; ils se souviennent mieux du principe enseigné par Domat, à savoir : « qu'il faut mettre au rang des dom-
» mages causés par des fautes, ceux qui arrivent par l'igno-
» rance des choses qu'on doit savoir. » Or, il n'y a pas de témérité plus inexcusable que de s'engager à faire des actes

(1) Voy. cependant Furgole, qui paraît penser que le notaire n'est responsable que pour prévarication, t. VI, p. 354, ch. 12, n° 15, et M. Grenier, *Donat.*, n° 232, t. II, p. 255.

(2) Je cite, à titre de renseignement historique, mais non comme allusion au présent, les paroles d'un ancien auteur : « *Notarii sunt, ut plurimi,*
» *idiotæ, ignorant sensum et intellectum verborum quo fit ut eorum impe-*
» *ritia destruat mundum et conscientias bonorum virorum in periculo de-*
» *ducat, et quia nesciunt quod scribunt, plerumque testantium voluntates*
» *pervertunt.* » Mantica, *De conject. ult. volunt.*, lib. 1, tit. 10, n° 4. »
» *Unde Angel. in cons.* 295 *dicit se multum vidisse exoriri infinitos er-*
» *rores ex imperitia tabellionum maxime in ultimis voluntatibus.* » (Id.-*loc. cit.*)

d'où dépend la fortune d'autrui, sans avoir les connaissances propres à son état (1).

1521. Passons à la dictée.

Comme on ne saurait trop se tenir en garde contre les suggestions qui peuvent assiéger les testateurs, la loi voulant que le testament contienne la volonté précise du testateur (*justa mentis nostræ testatio*), exige que le testateur dicte ses intentions, et qu'il en soit le seul et unique interprète.

Par cette disposition, empruntée à l'ancien droit, se trouve proscrite toute disposition faite à l'interrogation d'autrui ; ce qui a lieu quand le notaire, ou toute autre personne, demande au testateur s'il veut telle chose qu'on lui propose, et que le testateur répond par un geste ou par une affirmation.

Il est vrai que, dans quelques cas, ces interrogations pourraient se faire sans fraude, sans idée de captation, et il ne serait pas impossible que la personne qui questionne ainsi le testateur n'agît que par la connaissance de ses véritables intentions qu'il ne pourrait lui-même expliquer et déduire d'une manière intelligible. Mais si, dans un cas pareil, il n'y a pas surprise, on peut au moins craindre qu'il y ait erreur ; c'est pourquoi tous les doutes doivent être écartés en obligeant le testateur à prononcer lui-même de son pur mouvement ses dernières volontés (2). Il ne suffit donc pas, qu'étant interrogé sur ses dispositions, il réponde simplement par un oui ou par quelque autre parole qui démontre son consentement (3).

(1) M. Toullier, t. V, nº 389.

(2) Furgole, *Test.*, V, 3, 32.

(3) Mantica *De conject. ult. volunt.*, 2, 6, 10 et suiv. Fachin., *Controv.* 10, 17. Hillig., *sur Doneau*, 6, 21, 3. Merlin, Répert., vº *Suggestion*. Cass., 12 mars 1838 (Devill., 38, 1, 206. Palais, 1838, t. 1, p. 400). Bordeaux,

1522. La dictée doit se faire à intelligible voix, non-seulement en présence des notaires ou du notaire, mais encore des témoins (1). C'est ce qui résulte de l'article précédent, qui veut que le testament soit reçu en présence des témoins. Or, nous avons dit que le mot « reçu » comprend la dictée et l'écriture (2).

Si les témoins n'étaient pas présents à toute la série des opérations dont se compose le testament, il y aurait évidemment nullité. (3).

1523. La dictée n'exige pas que le notaire reproduise identiquement et matériellement les paroles du testateur; il suffit que la pensée en soit fidèlement retracée par le notaire (4). Ceci est maintenant constant en jurisprudence.

1524. Il y a plus, et quand le testateur a clairement ex-

9 mars 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 403; Dalloz, 59, 2, 221). V. cependant Grenoble, 7 déc. 1849 (*J. Pal.*, 1850, t. II, p. 13), dans les motifs de l'arrêt.

(1) De ce que le testateur avait toute son intelligence au moment où il testait, et de ce qu'il aurait fait connaître sa pensée aux témoins, quand elle a été recueillie par le notaire, il ne résulte pas que le testament ait été dicté par lui au notaire rédacteur en présence des témoins. Dès lors on ne saurait, sur ces circonstances, écarter l'articulation de faits tendant à prouver que le testament n'a pas été dicté par le testateur en présence de témoins. Cassat., 30 août 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 804; Devill., 59, 1, 47).

(2) Voy. n° 1506.

(3) Il a été décidé, en ce sens, qu'un testament authentique est nul lorsque, pendant la transcription faite par le notaire des dispositions que le testateur venait de dicter, l'un des témoins s'est retiré dans une pièce d'où il ne pouvait ni voir ni entendre ce qui se passait dans la chambre du testateur. Bordeaux, 8 mai 1860 (Devill., 60, 2, 433; Dalloz, 60, 2, 129). Pourtant, la nécessité de la présence des témoins ne s'étend pas à la rédaction du préambule (C. cassat., 14 juin 1837 et 4 mars 1840), à moins que le préambule renferme des déclarations émanant du testateur. C. cassat., 27 avril 1857 (Devill., 57, 1, 522).

(4) Cassat., 4 mars 1840 (Devill., 40, 1, 527. *Palais*, 1840, t. I, p. 552). Cassat., 19 janvier 1841 (Devill., 41, 1. 333. *Palais*, 1841, t. I, p. 707). Cassat., 15 janvier 1845 (Devill., 45, 1, 303. *Palais*, 1845, t. I, p. 403).

posé son idée, il n'est pas défendu au notaire d'aider à son développement.

Un testateur, après avoir légué des pièces de terre par leur nom, s'était fait aider, soit par le notaire, soit par les témoins instrumentaires, pour en désigner les confrontations. On prétendait que cela suffisait pour faire décider que ce testament n'avait pas été dicté. Mais ce n'était qu'un secours à donner au testateur pour ne laisser aucun doute sur des intentions déjà exprimées par lui. Et le moyen ne fut pas admis (1).

1525. Lorsque le testateur ne sait pas parler la langue française, et qu'il ne peut exprimer ses idées que dans le patois du midi, comme sont les hommes rustiques en Provence, en Languedoc, en Gascogne et en Guienne, ou en italien, comme dans le département de la Corse, le notaire, que la loi oblige à écrire le testament tel que le testateur l'a dicté, peut-il se servir du langage vulgaire ? Cette question importante pour beaucoup de départements de la France, trouvera mieux sa place dans le paragraphe suivant où nous traitons de ce qui concerne l'écriture. Nous nous bornerons à dire ici que le testateur peut, sans difficulté, manifester sa pensée dans la langue qui lui est propre, pourvu qu'il soit entendu du notaire et des témoins. C'est ce que prouve la loi 21, § 4, C., *De testam.*, qui, lorsque le testament se fut débarrassé des

(1) Cassat., rej., 22 juin 1843 (Devill., 44, 1, 303. *Palais*, 1844, t. I. p. 537). — Jugé même qu'un testament authentique doit être réputé avoir été dicté par le testateur, alors même qu'après l'avoir écrit une première fois sous la dictée u testateur, le notaire, dans la pensée que ce premier écrit ne pourrait servir à raison de son état matériel, en a fait sur-le-champ, sans nouvelle dictée, une copie entièrement conforme, laquelle est représentée seule comme constituant le testament. Bordeaux, 9 mars 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 403 ; Devill., 59, 2, 609 ; Dalloz, 59, 2, 221) ; Req., 19 mars 1861 (Dalloz, 61, 1, 99 ; *J. Pal.*, 1861, p. 439).

formes étroites du droit civil primitif, reconnut la validité du testament fait en langue grecque (1).

1526. Mais, quelle que soit la langue dans laquelle s'exprime la volonté du testateur, il est une règle certaine, c'est que les témoins doivent la comprendre. A la vérité, on lit ce qui suit dans la loi 20, § 9, D., *Qui test. facere possunt.* « *Non tamen intelligentiam sermonis exigimus. Hoc enim* » *D. Marcus Didio Juliano in teste qui latine non noverat,* » *rescripsit; nam si vel sensu percipiat quis, cui rei adhibi-* » *tus sit, sufficere* (2). »

Mais Doneau (3) et Furgole (4) disent que cette loi n'est applicable qu'au testament mystique et qu'il en doit être autrement dans le testament nuncupatif pour la validité duquel il est nécessaire que le témoin entende la volonté exprimée par le testateur de sa propre bouche, puisque c'est cette nuncupation qui fait l'essence de ce genre de testament. Tel est aussi l'avis de Ricard (5). « Je ne fais de doute, dit-il, » qu'il ne soit nécessaire, pour la solennité de nos testa- » ments, que les témoins qui y sont employés entendent la » langue en laquelle ils sont faits. »

On ne trouve rien de contraire à cette décision dans un arrêt de la cour de cassation du 14 juillet 1818 (6), qui souvent a été mal interprété. La cour de Nancy, par arrêt du 28 juillet 1817 (7), avait déclaré valable un testament dicté en français, quoique l'un des témoins instrumentaires n'entendît qu'imparfaitement la langue française; mais elle avait

(1) « *Illud etiam huic legi prosperimus inserendum ut etiam Græce omnibus liceat testari.* »

(2) *Pand.* de Pothier, t. II, p. 176, n° 27.

(3) Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n° 9.

(4) Furgole, *Traité des testaments*, ch. 3, sect. 1, n° 8.

(5) Ricard, p. 1, n° 1606, p. 372.

(6) Sirey, 18, 1, 396. Devill., 5, 1, 500.

(7) Sirey, 18, 2, 89. Devill., *loc. cit.*

reconnu qu'entre ce témoin, dont la langue habituelle était l'allemand, et les autres témoins, le notaire et le testateur même, qui avaient l'usage de cette langue, il y avait eu un moyen facile de communication réciproque, et qu'ainsi ce témoin avait pu acquérir du fond même et de la substance des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'avaient pu acquérir tous les autres témoins. En présence de ce fait reconnu par l'arrêt attaqué, la cour de cassation décida que la cour de Nancy n'avait fait qu'apprécier une faculté personnelle et qu'il n'y avait pas ouverture à cassation. Cet arrêt a été l'objet des critiques de M. Merlin (1) et de M. Toullier (2). Mais ils ne l'ont pas compris. Ils n'ont pas fait attention qu'il y avait, dans l'espèce, un ensemble de faits desquels il résultait que le témoin avait été en communication, par le moyen de la langue allemande, avec tous ceux qui avaient coopéré à l'acte et surtout avec le testateur, et qu'on pouvait dire qu'il y avait eu en quelque sorte deux dictées, l'une en allemand, l'autre traduite en français.

1527. Tout ceci réfute suffisamment le sentiment de M. Daniels (3), qui pense que les témoins n'étant appelés que pour attester l'observation des formes extérieures, n'ont pas nécessairement besoin de comprendre l'idiome dans lequel la dictée se fait. Les témoins ne seraient pas des témoins dans le sens vrai du mot, si le fond même de l'acte échappait à leur connaissance (4).

1528. Le notaire doit écrire les dispositions testamentaires à mesure que le testateur les dicte; et comme la dictée ne peut avoir lieu qu'en présence des témoins, ainsi que

(1) Quest. de droit; v° *Testament*, p. 363, § 17, art. 4.
(2) T. V, n° 393, note 1, p. 366.
(3) Merlin, Répert., add., v° *Testament*, t. XVII, § 2, n° 4, p. 623.
(4) Metz, 30 avril 1833 (*Palais*, 1833, t. I, p. 232. Devill., 33, 2, 350).

nous l'avons établi (1), il suit que l'écriture doit avoir également les témoins pour spectateurs.

1529. L'officier ministériel doit écrire les dispositions telles que le testateur les a prononcées. C'est ce qu'exige notre article en termes qui ne sauraient être plus formels. Mais comment concilier cette obligation avec la loi (2) qui veut que les actes publics soient rédigés en langue française, lorsque le testateur parle une autre langue? Est-il possible à un notaire, qui doit rédiger son acte en français, d'écrire le testament tel qu'il lui est dicté, quand le testateur ne parle, par exemple, que l'italien ou le languedocien?

Cette question a fait quelques difficultés dès l'origine (3). Mais la cour de cassation a fixé la jurisprudence d'une manière invariable par son arrêt du 4 mai 1807 (4), en décidant que l'art. 972 ne fait pas obstacle à ce que le notaire rédige en français un testament dicté dans une langue étrangère, par un testateur ne sachant pas le français, et que foi doit être ajoutée à ce testament (5). Ce qui importe, c'est que la volonté du testateur soit scrupuleusement reproduite, sinon dans les mots, au moins dans tout ce qu'elle a d'essentiel au fond. Seulement, il faut que le notaire fasse connaître qu'il a donné au testateur l'interprétation de sa rédaction dans la langue parlée par celui-ci (6).

(1) No 1522.

(2) Voy. notamment la loi du 2 thermidor an II, et l'arrêté du 24 prairial an II.

(3) Devill., 2, 2, 175 et 258.

(4) Devill., 2, 1, 882. (*Palais*, 6, 70).

(5) Merlin, Répert., vo *Langue française*, p. 731. C'est l'identité de pensée et non celle de mots qu'exige le législateur (M. Toullier, t. V, p. 389). Ainsi la cour de cassation a jugé qu'un notaire pouvait rédiger à la troisième personne un testament (18 janvier 1809, Devill., 3, 2, 8). On est étonné qu'il ait fallu un arrêt pour décider une chose si claire.

(6) *Infra*, no 1534.

1530. Le notaire doit écrire lui-même. Avant l'ordonnance de 1735, on pensait communément que l'officier public qui recevait un testament n'était pas obligé de l'écrire de sa main. Mais les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 en disposèrent autrement, et les arrêts rendus sous l'empire de cette ordonnance n'hésitèrent pas à annuler les testaments que les notaires avaient fait écrire par leurs clercs (1). Le Code a suivi l'ordonnance de 1735, et un testament serait évidemment nul, si le notaire lui-même n'avait pas tenu la plume. C'est ce qui résulte des mots : « il doit être écrit par le notaire. »

1531. Le testament est reçu par deux notaires; il peut être alternativement écrit par l'un et par l'autre, et si celui qui a commencé à écrire ne peut continuer par fatigue, ou par tout autre motif, il peut céder sa place à son confrère. Tous deux ont, en effet, capacité égale pour recevoir le testament (2).

1532. Lorsque le testateur a mis fin à ses dispositions, il faut vérifier si le notaire a exactement recueilli toutes ses volontés, et c'est pour atteindre ce résultat que le législateur ordonne qu'il soit, par le notaire, donné lecture de sa rédaction. D'ailleurs, le testateur peut faire des additions à sa volonté; il peut réformer ou modifier quelques-unes de ses dispositions. Il faut donc qu'avant de clore le testament, on lui fasse connaître l'ensemble des volontés qu'il a exprimées.

La lecture est une formalité tellement essentielle que le testament serait nul si elle n'avait pas lieu.

(1) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 7. « C'est une précaution très-sage, dit-il, » pour obvier aux fraudes et afin qu'on ne puisse pas coucher dans le testa- » ment des dispositions que le testateur n'aura point dictées. » *Junge* Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 5, art. 4, p. 607.

(2) Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 3, n° 8. Voy. aussi Toullier, t. V, n° 421.

1533. Et remarquez qu'il ne suffit pas que la lecture soit donnée au testateur, mais qu'il est nécessaire que les témoins soient présents à cette lecture, et cela à peine de nullité ; car il faut bien qu'ils puissent assurer par leur signature que ce qui est écrit est conforme : 1° à ce qui a été dicté par le testateur ; 2° à ce qui a été lu au testateur par le notaire.

1534. Si le testateur et les témoins n'entendent point la langue française, la lecture devrait être donnée par le notaire dans l'idiome qui leur est familier. Le notaire doit alors faire une traduction aussi exacte que possible de ce qu'il a écrit, et s'attacher à rendre toute la force des pensées (1). Par sa traduction et son interprétation, il s'établit une communication légale entre ceux qui parlent des langages différents : les notaires, officiers publics et assermentés, sont les interprètes naturels et officiels de ces actes, lorsque les parties n'ont pas l'usage de la langue française (2).

1535. Ce n'est pas assez que toutes les formalités que nous venons d'énumérer aient été observées, il faut encore que la preuve en soit donnée par le testament lui-même, car un testament, c'est-à-dire le plus solennel de tous les actes de la vie humaine, doit se soutenir par ses propres forces, sans avoir besoin de secours extrinsèques. Inutilement ferait-on la preuve testimoniale de l'observation des formalités prescrites par la loi, si cette preuve ne résultait pas nécessairement du contexte de l'acte. Voilà pourquoi la loi exige qu'il soit fait mention expresse que les formalités ont été remplies ; à défaut de cette mention, la loi suppose qu'elles ont été omises.

Il ne faut pas croire, cependant, que quoique le législateur ait cru utile d'ordonner que les solennités des testa-

(1) *Supra*, n° 1529.
(2) Metz, 19 décembre 1846 (Devill., 5, 2. 246).

ments seraient remplies exactement et à la lettre, il ait entendu prescrire de ces pratiques superstitieuses qui, suivant l'expression de D'Aguesseau, sont comme une espèce de piége tendu aux notaires, et par eux aux testateurs (1). Rien n'empêche que l'équipollence n'y soit reçue, pourvu que cette équipollence remplisse *adæquate et identice* le but du législateur (2).

M. Merlin (3) développe très-bien les motifs qui ont porté le législateur à exiger la mention expresse des solennités ordonnées pour la validité des actes de dernière volonté. Le premier de ces motifs, dit ce jurisconsulte, est pour garantir, le second pour constater l'observation de ces mêmes solennités. Un grand but a dirigé, dans tous les temps, ceux qui ont été chargés de faire des règlements sur les dispositions de dernière volonté. C'est de prévenir les suggestions et les erreurs. De là, des formalités plus minutieuses que dans les autres actes de la vie civile, et des solennités dont l'omission fait crouler les dispositions les plus favorables. Il a donc fallu établir des garanties et des preuves de l'observation de ces formalités; la mention expresse est destinée à remplir ce double objet. Il y a garantie aux yeux de la loi dans la mention expresse. Car de deux choses l'une : ou le notaire ne se conforme pas aux solennités qui peuvent habiliter un testament, et cependant il constate qu'il en a été scrupuleux observateur, et alors il s'expose à la peine des faussaires. Or,

(1) T. 8, 9, p. 177, lettre du 30 décembre 1742 au premier président du parlement de Grenoble.

(2) Ricard, *Des donations*, part. 1, ch. 5, sect. 6, nos 1502 et 1504 : « Les » arrêts, dit-il, n'ont pas admis l'équipollence si elle n'est identique, et si ce » qui est employé pour accomplir les formalités prescrites par la Coutume ne » comprend son intention *adæquate et identice*, pour me servir des termes » de la philosophie. »

(3) Répert., vo *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 610 et suiv. Réquisitoire dans l'affaire Duchâtenet.

le caractère public dont un notaire est revêtu, le sentiment d'intérêt personnel propre à chaque individu le porteront à observer fidèlement la loi plutôt qu'à attirer sur sa tête l'infamie et la perte de son état. Ou bien, il observera les formalités prescrites sans le constater ; mais comment la loi pourra-t-elle croire à cette observation, lorsqu'elle voit le notaire oublier d'en faire mention, et s'exposer à des dommages et intérêts par une omission tout à fait invraisemblable ? Car, si le notaire est assez versé dans son état pour connaître les solennités propres à un testament, il est impossible qu'il ignore l'obligation où il est de les constater ; et s'il a pris soin de les observer, comment sa prudence l'aurait-elle abandonné tout à coup, pour lui faire oublier d'en porter la mention expresse dans le contexte de l'acte ? La loi ne peut supposer deux choses aussi contradictoires : elle aime mieux croire, parce que la vraisemblance l'y contraint, que s'il n'est pas question des formalités, c'est qu'elles ont été négligées, et que le notaire, par une ignorance singulière de ses fonctions, ne connaissait pas plus les solennités d'où dépend la validité d'un testament, que l'obligation de faire mention de leur observation.

Nous disons, d'un autre côté, que dans la mention il y a preuve légale que le vœu de la loi n'a pas été trompé. Car le caractère du notaire, la présence des témoins qui n'auraient pas manqué de réclamer, celle du testateur qui, plus que tout autre, aurait eu intérêt à faire entendre ses plaintes, sont autant de preuves que la mention expresse ne constate que la vérité. Que d'inconvénients, d'ailleurs, si la preuve des solennités pouvait dépendre de moyens extrinsèques ? En ce qui est du ressort de la preuve testimoniale, peut-on exiger que les témoins se souviennent, après un long temps, de circonstances de nature à s'effacer facilement de la mémoire ? En ce qui touche la preuve par experts écrivains, ne

sait-on pas que la science de ces praticiens est conjecturale et trompeuse, ainsi que le disait M. Talon dans les conférences sur le projet d'ordonnance de 1760? Comment donc connaître l'exacte vérité? Pouvait-on abandonner à des moyens si incomplets, si fugitifs, la preuve des solennités qui habilitent un acte placé au-dessus des règlements de la loi sur les successions *ab intestat*?

Toutes ces considérations prouvent que ce n'est pas par un pur formalisme que l'on exige la mention expresse des solennités propres au testament.

1536. Examinons maintenant les difficultés que peut présenter l'exécution de notre article.

Il existe quatre choses bien distinctes :

1° Que le testament soit dicté par le testateur;

2° Qu'il soit écrit par le notaire;

3° Qu'il en soit fait lecture au testateur;

4° Que les témoins soient présents à cette lecture.

C'est de toutes ces formalités qu'il doit être fait mention expresse à peine de nullité; la loi ne reconnaît pour valables que les testaments dans lesquels la mention de ces quatre formalités est expressément écrite (1).

1537. Parlons d'abord de la dictée. Il est indispensable que le notaire constate que c'est le testateur qui a dicté lui-même les dispositions testamentaires.

Dicter, suivant l'Académie française, veut dire : prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps. Voilà l'idée : le mot dicter n'est pas sacramentel; toute tournure

(1) Merlin, Répert., v° *Testament, loc. cit.*, p. 610, col. 2 *in fine*. Sous l'ordonnance de 1735, la mention de la signature des témoins n'était pas exigée; il suffisait que ces témoins eussent signé. En tous cas, la mention, dans un testament, qu'il a été fait en présence des témoins *qui signeront* est suffisante : il n'est pas nécessaire qu'elle porte que les témoins *ont signé*, alors d'ailleurs qu'il est établi que le testament a été fait d'un seul texte. Req., 17 mai 1859 (Dalloz, 59, 2, 410).

qui exprimera cette idée *adæquate et identice*, remplira le vœu de la loi.

D'après notre article, c'est aux notaires ou au notaire que le testament doit être dicté. Or, les termes « dicter à quelqu'un » se prennent dans deux acceptions différentes.

Ils signifient tantôt prononcer mot à mot devant quelqu'un ce qu'il écrit personnellement lui-même; et tantôt prononcer devant quelqu'un ce qui est écrit par un autre. C'est en prenant le mot dicter dans la première de ces acceptions que l'on dit : je viens de dicter une lettre à mon secrétaire. C'est dans le même sens que l'emploie l'art. 972 du Code Napoléon lorsqu'il décide que, « s'il n'y a qu'un notaire, le testament doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire. » Alors, la personne qui écrit est la même que celle à qui l'on dicte.

C'est dans la seconde acception que l'art. 972 emploie le mot dicter, quand il dit : « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. » On sent, en effet, que dans ce cas le testament ne pouvant et ne devant être écrit que par l'un des deux notaires, il est impossible que ces mots « leur est dicté » aient, par rapport à celui qui n'écrit pas, un autre sens que ceux-ci : prononcé devant eux (1).

Le mot « leur » a été inséré dans l'art. 972, sur une observation de M. Tronchet, « pour exprimer que la pré-
» sence des deux notaires est nécessaire pendant la réception
» du testament (2). »

1538. Il suit de ces dispositions et de ces explications

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 652, col. 1 et 2.

(2) Locré, t. XI, p. 233.

deux choses importantes dans une matière où les moindres omissions ont les plus graves conséquences.

La première que, lorsque le testament est reçu par deux notaires, il n'est pas nécessaire de dire que le testament leur a été dicté; qu'il suffit que l'acte constate que le testateur a prononcé ses dispositions en leur présence; car c'est là le véritable sens du mot « dicter, » employé dans cette partie de l'article (1).

La seconde que, lorsque le testament a été reçu par un seul notaire, il n'est pas nécessaire de dire que le testament a été dicté, et qu'il a été dicté au notaire; car, dans le cas qui nous occupe, l'art. 972 n'a pas dit que le testament était dicté au notaire, il a dit seulement que le testateur devait le dicter. D'ailleurs, puisque c'est le notaire instrumentant qui doit écrire *propria manu*, et que dicter veut dire ici prononcer ce que quelqu'un écrit en même temps, il est manifeste que ce ne peut être qu'à ce notaire que la dictée a été faite (2).

1559. Notre article n'exige pas que le notaire, en faisant mention expresse de la dictée, ajoute que cette dictée a été faite en présence des témoins; la raison en est que cette circonstance résulte suffisamment du contexte de l'acte où il est dit que le testament a été reçu en présence de tels et tels témoins; car la réception comprend, comme nous l'avons dit (3), la dictée et l'écriture. Or, dire que le testament a été reçu en présence des témoins, c'est dire qu'il a été dicté en

(1) Merlin, *loc. cit.* Cassat., 19 août 1807 (Devill., 2, 1, 426).

(2) C'est ce qu'ont jugé quatre arrêts de la cour de Bruxelles, des 25 mars et 25 juin 1806 (Devill., 2, 2, 128 et 155), 7 février 1807 et 16 janvier 1808, (Devill., 2, 2, 196 et 328). C'est aussi la doctrine de M. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, et add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, quest. 4, p. 700 *et seq.*

(3) N° 1506.

leur présence. *Pars in toto continetur* (1). Un arrêt de la cour de Metz du 19 décembre 1846 (2) l'a jugé dans ce sens.

1540. Nous avons dit tout à l'heure que la loi ne prescrivant aucun terme sacramentel, les équipollents sont admissibles, pourvu qu'ils remplacent *adæquate et identice* la disposition qu'ils sont destinés à suppléer; c'est ainsi que la cour de Paris a décidé que la déclaration que le testament a été prononcé par le testateur et écrit par le notaire à mesure que le disposant prononçait, est un équivalent de la mention de la dictée (3).

Mais il n'y aurait pas équipollence parfaite si au lieu du mot « dicté » ou bien de la périphrase employée dans l'espèce de la cour de Paris, il était dit dans le testament : « proféré par sa propre bouche, et que les notaires ont » rédigé par écrit (4). » En effet, il ne résulte pas de cette locution que le testament ait été écrit en même temps que le testateur prononçait mot à mot ses dernières volontés.

1541. Lorsque le notaire a constaté que le testament avait été dicté par le testateur, on ne peut détruire la preuve qui en résulte que par une inscription de faux. C'est ce que nous développerons dans un paragraphe suivant.

1542. Passons maintenant à la mention de l'écriture par le notaire. Puisque le notaire est obligé d'écrire lui-même le testament, il doit aussi mentionner expressément que c'est lui qui l'a écrit. Si la loi n'avait pas pris cette sage précaution, il eût été fort difficile, et souvent impossible de s'assurer si le notaire avait rempli ses obligations. Car les témoins

(1) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 653, col. 2, alinéa 2.
(2) Devill., 5, 2, 216.
(3) 17 juillet 1806 (Devill., 2, 2, 159), et Douai, 28 nov. 1814 (Devill., 4, 2, 419).
(4) Arrêt du parlement de Paris, du 16 février 1717 (Ricard, p. I, n° 1505).

instrumentaires peuvent décéder, et la preuve de l'écriture par experts est extrêmement douteuse. D'ailleurs, la minute du testament peut se perdre. Quelle garantie aurait-on alors de l'accomplissement de la solennité?

Sous l'ordonnance de 1735, à la vérité, la jurisprudence n'était pas dans l'usage d'annuler les testaments où l'on ne trouvait pas la mention que les dispositions avaient été écrites de la main du notaire. Mais la raison était que l'ordonnance ne le prescrivait pas (1).

Le Code a été plus loin par une précaution peut-être excessive, mais dont le but est d'empêcher que l'on ne couche dans le testament des dispositions étrangères à la volonté du testateur. Il veut d'abord, comme l'ordonnance de 1735, que le testament soit écrit de la main du notaire; il exige quelque chose de plus, c'est qu'il en soit fait mention expresse. Le défaut de cette mention entraînerait la nullité du testament (2).

Cette décision devrait avoir lieu encore bien qu'il ne fût pas contesté que l'écriture fût celle du notaire. Il suffit que la loi ait exigé la mention expresse que c'est le notaire qui a écrit le testament de sa propre main, pour que cette omission vicie le testament. En pareille matière tout est de rigueur, et la loi doit être observée quand même, avec les plus minutieuses précautions.

1545. Notre article ne prescrit pas de mots sacramentels pour constater la formalité dont nous nous occupons, et les équipollents peuvent y être admis suivant la doctrine citée

(1) Furgole, *Testaments*, ch. 2, sect. 3, n° 86.

(2) C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, le 10 thermidor an XIII, par arrêt rendu, sections réunies, sur les conclusions conformes de M. Merlin (Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, de 609 à 617), et l'autorité de ce premier arrêt a été confirmée par un second, en date du 4 février 1809 (Devill., 2, 1, 483).

ci-dessus (1). Répétons que ces équipollents ne sont reçus qu'autant qu'ils ne laissent aucune incertitude et qu'ils remplissent identiquement l'objet, le but et l'idée du mot qu'ils sont destinés à remplacer.

Différentes cours ont donné des preuves de leur sévérité à n'admettre que des synonymes parfaits; il ne sera pas inutile d'en donner quelques exemples, afin de montrer combien il est périlleux de s'écarter, par la moindre déviation, du sentier frayé par le législateur.

Un testament finissait par ces mots : « Fait, lu, passé et rédigé de suite et sans interruption par ledit notaire. » La cour de Besançon l'annula, par la raison qu'il n'y avait pas la preuve qu'il eût été écrit par l'officier instrumentant. Le mot « rédiger, » employé comme synonyme, fut trouvé insuffisant. Il n'indique, en effet, qu'une opération de l'esprit, tandis que le mot « écrit » indique une opération de la main; on peut rédiger un acte, un mémoire, sans l'écrire soi-même, en le dictant à un secrétaire; on peut écrire sans rédiger, comme font les copistes et ceux qui écrivent sous la dictée. Le même testament disait, à la vérité, qu'il avait été dicté par la testatrice, en sorte qu'on pouvait dire : la testatrice ayant dicté elle-même le testament, le mot rédigé ne s'applique évidemment ici qu'à l'écriture. Mais cette induction, qui avait porté le tribunal de 1re instance à maintenir le testament, pouvait n'être pas exacte; on ne dicte pas toujours ce qu'on a rédigé soi-même, en sorte que des mentions retenues dans l'acte, il résultait que c'était le notaire qui avait rédigé le testament, c'est-à-dire coordonné et mis en ordre les dispositions y contenues, et que la testatrice avait dicté d'après cette rédaction. Mais l'acte laissait ignorer complétement qui avait prêté sa main pour coucher ces dispositions

(1) N° 1535.

par écrit sous la dictée de la testatrice. L'arrêt de la cour de Besançon fut confirmé par arrêt de la cour de cassation du 4 février 1808 (1).

1544. La cour de Turin a rendu une décision semblable à l'égard d'un testament dans lequel le notaire avait inséré que ce testament lui avait été dicté, qu'il l'avait rédigé, fait et dressé, et qu'il en avait donné acte. Par son arrêt du 22 février 1806 (2), elle décida que ces mots « rédiger, dresser, faire, » se rapportaient plutôt à une opération de l'esprit qu'à une opération de la main (3).

1545. Nous pensons, toutefois, que la question serait susceptible d'une solution différente, si le notaire disait qu'il a rédigé l'acte sous la dictée du testateur. Il est impossible de donner ici au mot « rédiger » l'acception véritable et de le prendre dans le sens d'une opération de l'esprit. Ces mots « rédiger sous la dictée » emportent deux idées inconciliables, si l'on prend ces mots dans leur signification rigoureuse. Le notaire se serait donc servi d'une expression impropre, et la modification ajoutée au mot « rédiger » prouverait qu'il a été pris dans le sens d'écrire.

Nous en dirons autant du cas où le notaire aurait mentionné que « la testatrice a dicté les dispositions et qu'elles ont été rédigées par lui-même mot à mot à mesure qu'elle les a prononcés. » Ces expressions de détail sont ici encore exclusives du sens ordinaire que l'on attache au mot *rédiger*, et ne peuvent s'appliquer qu'au fait matériel de l'écriture. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt de Nîmes du 26 mars 1838 (4).

(1) Devill., 2, 1, 483. Voy. aussi Merlin, *loc. cit.*, p. 617.

(2) Devill., 2, 2, 118.

(3) La même espèce se représenta encore plus tard, et reçut une décision semblable par un arrêt qui fut confirmé, le 27 mai 1807, par arrêt de la cour de cassation (Devill., 2, 1, 394).

(4) *Palais*, 38, 1, 655.

1546. La cour de Turin a décidé que la mention que le notaire « a reçu » le testament, ne remplit pas le vœu de la loi, qui exige la mention expresse de l'écriture (1).

Le mot « reçu » englobe bien avec lui deux idées; celle de la dictée et celle de l'écriture. Mais il n'indique pas la personne qui a écrit, et comme il pourrait être tout aussi bien employé dans le cas où l'acte est écrit par un clerc, il s'ensuit qu'il est insuffisant (2).

Un cas non moins remarquable est celui-ci, qui a été jugé le 16 décembre 1806 par la cour de Toulouse (3). Cet arrêt décide que la mention faite par le notaire qu'il « a retenu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté, » n'est pas équipollente à la mention que le notaire a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté.

1547. Venons, maintenant, à la fameuse affaire Duchâtenet, dont nous avons déjà parlé lorsque nous avons cité l'arrêt de la cour de cassation du 10 thermidor an XIII (4). Cet arrêt n'a pas seulement jugé que le testament doit, à peine de nullité, contenir la mention que c'est le notaire qui l'a écrit. Il a encore jugé que les mots « dicter au notaire » ne peuvent suppléer à la mention de l'écriture par le notaire. On disait, pour soutenir le testament de la demoiselle Letellier, attaqué par les héritiers *ab intestat*, et défendu par le sieur Duchâtenet, légataire, que « dicter » voulant dire « prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps, » ce mot présentait nécessairement l'idée de la testatrice qui dicte et du notaire qui écrit ; que, par conséquent, le but de la loi était rempli.

(1) 22 mars 1806 (Devill., 2, 2, 126).

(2) Un autre arrêt de la même cour, du 31 août 1808 (Devill., 2, 2, 434) a jugé de même une espèce semblable.

(3) Devill., 2. 2, 182.

(4) *Supra*, n° 1542.

Mais M. Merlin, qui portait la parole, montra, d'après le texte même de l'art. 972, que l'on peut dicter à quelqu'un qui n'écrit pas, comme, par exemple, lorsque le testament est reçu par deux notaires, qu'on leur dicte les dispositions de dernière volonté, et qu'il n'y en a qu'un seul qui écrit. Dès lors ce magistrat tira la conclusion que le mot dicter ne voulait pas dire que ce fût le notaire instrumentant qui eût écrit, puisqu'il pouvait aussi bien s'employer au cas où ce serait un clerc qui tiendrait la plume, ainsi que cela se pratiquait en plusieurs lieux avant l'ordonnance de 1735 ; que le mot « dicter » était donc insuffisant pour peindre l'opération du notaire qui écrit, et que le Code l'avait si bien senti, qu'il ne s'était pas contenté de dire que le testament serait « dicté par le testateur, » mais qu'il avait ajouté qu'il serait » écrit par le notaire. »

M. Merlin ajoutait un autre motif très-grave : c'est que si on eût attaqué le notaire pour faux, en supposant que ce ne fût pas lui qui eût écrit le testament, il eût été impossible de le condamner par cela seul qu'il avait énoncé que le testament lui avait été dicté; qu'aucun juge n'aurait pu voir dans cette énonciation l'allégation d'avoir écrit le testament; qu'ainsi ce qui n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges criminels, n'était et ne pouvait être constant aux yeux de juges civils.

Le sieur Duchâtenet eut beau dire que l'écriture n'était pas contestée, qu'il était impossible qu'aucun autre que le notaire l'eût écrit, la cour n'en maintint pas moins l'arrêt de la cour de Paris qui cassait le testament.

Cette décision, fameuse par les principes qu'elle consacre implicitement sur l'admission des équipollents, est devenue la règle des tribunaux. Nous avons vu les cours s'y conformer dans les arrêts que nous avons cités ci-dessus (1). Il en

(1) Voy. nos 1542 et suiv. — *Junge* Liége, 11 thermidor an XII. Paris,

résulte bien évidemment qu'on ne doit admettre comme équipollents que les mots parfaitement synonymes et tels, comme le dit Ricard (1), « qu'il ne s'y puisse figurer quel- » que différence. »

1548. On a mis en question s'il fallait que le notaire mentionnât, non-seulement qu'il a écrit le testament, mais encore qu'il l'a écrit tel qu'il lui a été dicté. La cour de Turin a jugé pour la négative par un arrêt du 16 avril 1806 (2), qui nous paraît excellent, et qui a été suivi d'autres arrêts rendus dans le même sens par plusieurs cours. En effet, le collationnement qui se fait après la dictée et avant la signature, prouve, lorsqu'il n'y a pas de réclamations de la part du testateur et des témoins, que ce qui a été écrit est conforme à ce qui a été dicté. On remarquera d'ailleurs que l'art. 972 n'ajoute pas les mots « tel qu'il a été dicté, » en parlant du testament reçu par un seul notaire, et qu'il ne s'en sert que lorsqu'il parle du testament reçu par deux de ces officiers. Pourquoi cette différence entre deux cas qui sont absolument les mêmes? C'est que ces mots ne sont qu'un conseil surabondant donné au notaire. Car s'il écrivait autre chose que ce qui lui a été dicté, le testateur ne manquerait pas d'élever ses plaintes, et refuserait de signer aussi bien que les témoins.

On objectera peut-être que le mot « également, » qui se trouve dans la partie de l'art. 972 relative au testament reçu par un seul notaire, lui rend communes les circonstances exigées dans le texte qui précède. Mais ce serait donner trop d'extension au mot « également, » qui ne sert ici qu'à lier

5 frimaire an XII (Devill., 1, 2, 208, 165). Bruxelles, 28 nivôse an XII (Devill. 1, 2, 173).

(1) P. I, n° 1502 *et seq*

(2) Devill., 2, 2, 134.

deux membres de phrase, qui ont entre eux beaucoup d'analogie par l'idée qu'ils expriment.

1549. Notre article ne fixe aucun lieu précis pour placer la mention de l'écriture faite par le notaire, et le bon sens enseigne que cette mention peut se trouver indifféremment à la fin, au commencement ou au milieu de l'acte. Cependant, quand on voit que la cour de cassation a été obligée de rendre un arrêt pour consacrer une chose si claire, et cependant méconnue par des héritiers *ab intestat* (1), on ne peut s'empêcher de gémir sur les détours et les funestes cavillations employés par la chicane pour égarer de malheureux plaideurs. Ricard nous apprend cependant que la même prétention s'était élevée de son temps (2), et qu'elle fut repoussée par plusieurs arrêts.

1550. Occupons-nous de la mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Nous avons dit (3) que les témoins doivent être présents à la lecture donnée au testateur par le notaire. Notre article exige qu'il en soit fait mention expresse. Cette mention doit donc contenir deux choses : 1° la lecture au testateur ; 2° la présence des témoins à cette lecture.

Les tribunaux se sont montrés aussi sévères sur l'exécution de cette disposition que sur les autres formalités dont nous avons rendu compte précédemment.

1551. D'abord, il ne suffirait pas que le notaire énonçât qu'il a fait lecture de l'acte; il faudrait qu'il ajoutât qu'il l'a lu au testateur; ce qui pourrait sans difficulté se faire par équipollents, comme s'il était dit, « après lecture, le testateur a déclaré qu'il persistait. » De l'ensemble de la phrase, il résulte bien

(1) 26 juillet 1808 (Devill., 2, 1, 558). Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, col. 2, n° 5, p. 618.

(2) Part. 1, n° 1518.

(3) N° 1533.

clairement que c'est en conséquence de la lecture que le testateur a persisté, et que c'est donc à lui que la lecture a été faite (1).

L'ordonnance de 1735 n'était pas aussi exigeante. Le mot « lu » suffisait seul pour justifier de l'accomplissement de la formalité (2). Cependant d'Aguesseau avait émis l'opinion, par sa lettre du 30 décembre 1742 (3), qu'il fallait exprimer, même sous cette ordonnance, que c'était au testateur que la lecture s'adressait. Le Code a adopté cet avis ; il exige qu'il « soit donné lecture au testateur » et qu'il en soit fait mention expresse (4).

1552. Il faut, en outre, que les témoins soient présents à cette lecture et que l'acte le mentionne, à moins que cette présence ne résulte nécessairement du contexte de l'acte (5). Toute équivoque sur ce point serait très-préjudiciable à la validité du testament. Car dans le doute on doit se décider pour le parti le plus favorable à l'héritier du sang (6).

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 369, col. 1 et 2.

(2) Ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts rapportés par Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 1, p. 630 *et seq.*, et encore, Add., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 11 et suiv., p. 397 et suiv., et aux Questions de droit, v° *Testament*, § 10.

(3) T. IX, p. 477.

(4) Turin, 30 frimaire an XIV (Devill., 3, 2, 101). Aix, 11 mai 1807 (Devill. 2, 2, 241).

Cet arrêt juge que la mention que le testament a été « *lu* dans l'appartement et à côté du lit du testateur, » n'équipolle pas à la mention : « lu au testateur. » Car il serait possible que le testateur fût hors de son lit et sorti de l'appartement. Mais dire : « lu en présence du testateur, » c'est un équipollent qui suffit ; car, d'après la loi 209, D. *De verb. signif.*, on ne peut être censé faire quelque chose en présence de quelqu'un qu'autant qu'on le fait « *eo sciente et intelligente.* » (Répert., XVII, p. 708, col. 2, quest. 4). Bruxelles, 18 juil. 1807 (Devill., 2, 2, 280).

(5) Cassat., 7 décembre 1846 (Devill., 47, 1, 171, *Palais*, 1846, t. II, p. 765).

(6) Voy *supra*, n° 1512.

Un grand nombre d'exemples attestent la vérité de ce que nous venons de dire.

La cour de Bruxelles a décidé, par un arrêt du 18 ventôse an XIII (1), que, de ce que les témoins ont été présents à la confection du testament et à l'interpellation de signer cet acte, de ce qu'en outre il était constant qu'ils avaient signé immédiatement après la lecture, il ne s'ensuivait pas qu'ils eussent assisté à la letcure, si le testament ne le disait pas; qu'on ne pouvait suppléer par des inductions à la mention expresse qu'exige l'art. 972. On se pourvut contre cet arrêt; mais le pourvoi fut rejeté par arrêt du 19 frimaire an XIV, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin (2).

On disait qu'il n'était pas à présumer que les témoins se fussent retirés pendant la lecture ; que leur présence à l'entière rédaction du corps du testament étant constatée, ainsi que leur signature, il s'ensuivait que la lecture ayant eu lieu entre la dictée et la signature, il était vraisemblable qu'ils étaient présents aussi à cette opération.

Mais la cour décida, en termes formels, que la loi, exigeant une mention expresse, ne permettait pas que l'exécution des formalités fût présumée d'après le contexte général du testament, sur des périphrases étrangères à la formalité de la lecture ; qu'on ne doit admettre d'expressions équivalentes que celles qui sont synonymes et identiques avec celles exigées par la loi.

Le testament du sieur Davonneau, après avoir mentionné la lecture au testateur, finissait par ces mots : « fait et passé en la chambre en présence de **, témoins ; » la cour de cassation décida que ce membre de phrase étant séparé de celui où il était question de la lecture, ne pouvait s'y rapporter ;

(1) Devill., 2, 2, 32.

(2) Devill., 2, 1, 191. Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 639 *et seq.*

en conséquence, elle cassa pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins, l'arrêt qui avait validé le testament (1).

1553. Voici une espèce devenue fameuse, et qui ne cesse d'être citée dans les tribunaux. La dame Franqueville fait son testament par acte public, et le notaire le termine par les paroles suivantes : « Le présent testament ainsi dicté par la testatrice à nous, notaire, qui l'avons écrit de notre main en présence de ***, témoins à ce appelés, auxquels lecture en a été donnée, ainsi qu'à la dame testatrice, et ont, avec ladite dame et nous dit notaire, signé après lecture faite. » On a taqua le testament de nullité, sous prétexte qu'il ne résultait pas que la lecture faite aux témoins l'eût été en présence de la testatrice. La cour de Caen déclara le testament bon et valable. Mais on se pourvut en cassation, et l'arrêt de la cour de Caen fut cassé par un arrêt du 24 juin 1811, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin (2).

Ce magistrat fit remarquer que, quoiqu'il n'y eût de difficulté que sur le point de fait, néanmoins ce point n'était pas de ceux que la loi abandonne absolument à la conscience des magistrats; car elle leur trace, pour le résoudre, une règle dont ils ne peuvent s'écarter sans exposer leurs arrêts à cassation. « Il sera, dit-elle, fait mention expresse du » tout (3). »

Entrant ensuite dans le fond de la cause, M. Merlin dit que le législateur exigeant une mention expresse, le but ne peut être rempli, si, pour équipoller à cette mention, on n'administre que des présomptions ou des preuves morales,

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 641 *et seq.* On trouve aussi cet arrêt, qui est du 23 mai 1810, dans Devill., 3, 1, 187.

(2) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 644 et suiv. Voy. aussi Sirey (Devill., 3, 1, 366).

(3) *Loc. cit.*, alinéas 4 et 5.

quelque spécieuses, quelque fortes qu'elles soient. Il faut, ajouta-t-il, une preuve authentique, irréfragable, et telle que l'inscription de faux puisse seule l'atténuer.

Les mots « lu aux témoins ainsi qu'à la testatrice, » ne veulent pas dire nécessairement que la lecture a été faite aux témoins en même temps qu'à la testatrice; rien ne prouve qu'il y a eu simultanéité, si ce n'est des vraisemblances et des présomptions qu'on peut repousser par d'autres vraisemblances et d'autres présomptions. Sous le droit romain, où le testament devait être fait *uno contextu*, rien n'empêchait que le testateur et les témoins ne se séparassent quelques instants pour satisfaire aux besoins naturels qui leur survenaient (1). Ce cas peut n'être pas très-rare, puisqu'une loi s'est crue obligée à le prévoir. Qui prouvera que, dans l'espèce, un ou plusieurs témoins ne sont pas sortis pendant la lecture au testateur? Le testament ne justifie pas le contraire; car « lu aux témoins ainsi qu'au testateur » peut très-bien et très-naturellement s'appliquer à deux lectures séparées. Si un historien disait : « Louis XIV a » conquis l'Artois, la Flandre, l'Alsace, ainsi que la Franche-» Comté, auxquels il a donné des lois, » pourrait-on raisonnablement lui reprocher d'avoir dit que tout cela s'est fait le même jour et en même temps?

M. Merlin pensa donc qu'il n'y avait rien dans le testament qui pût tenir lieu de la mention expresse. Car ce qui laisse

(1) L. 28, C., *De testam.* : « *Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum* » *corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victæ necessarii, vel* » *potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa* » *sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius usus naturæ ad de-* » *positionem superflui ponderis immineat, vel testatori, vel testibus : non esse* » *ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis (quod et* » *factum esse comperimus) uni ex testibus contigerit : sed eo quod urget,* » *et imminet, repleto, vel deposito, et iterum solita per testamenti factionem* » *adimpleri.* »

du doute n'est pas exprès. L'arrêt du 24 juin 1811 (1) consacra ces principes par ce considérant :

« Attendu que la clause rédigée dans cette forme présente » aussi bien l'idée d'une lecture séparée faite aux témoins » que celle d'une lecture simultanée faite en présence des » uns et des autres, d'où il suit que la mention expresse de » la lecture en présence des témoins et de la testatrice, im- » périeusement exigée par la loi, ne se trouve pas dans la » clause dudit testament, » etc. (2).

1554. M. Toullier (3) trouve cette jurisprudence déraisonnable ; il avance qu'elle avait occasionné une telle incertitude sur le sort des testaments que les jurisconsultes se voyaient obligés de conseiller par prudence aux personnes sachant écrire de joindre un testament olographe à leur testament authentique ; il s'étonne que la cour de cassation, en élevant l'édifice de cette jurisprudence aussi rigoureuse que subtile, ait oublié le grand principe contenu dans l'article 1157 du Code Napoléon, et dans la loi 12, D. *De reb. dubiis*. « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on » doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir » quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait » produire aucun. » Il ajoute, enfin, que l'excès de la déraison finit par ramener les esprits aux véritables règles d'interprétation ; que les cours impériales osèrent rejeter des maximes absurdes, et que la cour de cassation elle-même donna l'exemple d'une juste impartialité en réformant son ancienne jurisprudence pour en revenir aux vrais principes. De là cet auteur conclut qu'il ne faut plus s'arrêter aux ar-

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 3, p. 647, col. 1 et 2.

(2) *Junge* Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Cassat., 6 mai 1812 (Devill., 4, 1, 97).

(3) T. V, n° 428, p. 401.

rêts antérieurs à cette réforme, et notamment à l'arrêt du 24 juin 1811.

Nous ne conseillerions pas aux notaires de croire sur parole ces observations de M. Toullier. Il nous semble que la jurisprudence n'a pas cessé de maintenir dans les arrêts la sévérité de la loi, et qu'il y aurait de grands périls à redouter pour les testaments qui s'écarteraient des formalités requises avec tant de scrupule dans cette matière exceptionnelle.

Ensuite, nous remarquerons que M. Toullier donne aux jurisconsultes une fausse boussole en leur conseillant de prendre pour guide l'art. 1157 du Code Napoléon. Nous savons bien que cet article, quoique placé sous la rubrique « de l'interprétation des conventions, » s'applique aux testaments, et qu'il est tiré de la loi 12, du D. au titre *De rebus dubiis*, qui appartient tout entier aux matières testamentaires. Mais quand s'y applique-t-il ? C'est lorsque l'acte étant régulier dans la forme, il ne s'agit que de savoir ce qu'a voulu le testateur. Mais lorsque le doute tombe sur la régularité du testament, sur l'observation des formalités où la loi a voulu que tout fût exprès (1), c'est en faveur de l'héritier *ab intestat* et contre l'existence du testament qu'il faut se décider, parce que l'incertitude et le doute sont exclusifs d'une observation expresse de la loi (2). C'est le cas de dire avec

(1) Texte de l'art. 972.

(2) Furgole, *Traité des testaments*, t. I, ch. 2, sect. 1, n° 2 : « Néanmoins les lois n'ont pas voulu entièrement abandonner leur empire ; car, » en se montrant indulgentes en un point aux volontés des hommes, en leur » donnant une espèce de puissance législative et la faculté de déroger à la » loi publique sur les successions *ab intestat*, elles ont voulu les tenir assujettis en un autre point, en prescrivant des bornes à cette puissance et en » leur imposant des conditions et des formalités auxquelles elles les ont indispensablement attachés. De là ont pris leur origine toutes les solennités » que les lois ont prescrites, desquelles elles veulent que les testaments soient » revêtus à peine de nullité. » Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Testament*,

Cicéron : *Dubitatio cogitationem significat injuriæ* (1).

Quant à ce que dit M. Toullier des résultats fâcheux de la jurisprudence de la cour de cassation et du trouble qu'elle avait jeté dans l'esprit des testateurs, je ne puis concevoir que cet effet ait été le produit d'arrêts qui resserraient autant que possible le champ des interprétations arbitraires et maintenaient l'exacte application de la loi. Est-il donc d'ailleurs si difficile à un notaire tant soit peu exact de mentionner trois formalités aussi simples que la dictée par le testateur, l'écriture par le notaire et la lecture en présence des témoins? Ne semblerait-il pas, à entendre M. Toullier et les prétendus jurisconsultes dont il partage les appréhensions, qu'il s'agit d'une de ces opérations compliquées et ardues que Loiseau appelle quelque part des *chefs-d'œuvre de justice?*

1555. Mais voyons s'il est vrai que la cour de cassation ait avoué, par la réformation de sa jurisprudence, qu'elle s'était d'abord trompée. M. Toullier se fonde, pour justifier son assertion, sur des arrêts des 21 janvier 1812 (2), 30 novembre 1813 (3), 28 novembre 1816 (4), 20 novembre 1817 (5).

Dans l'espèce du premier arrêt, la veuve Bolle avait fait un testament dont la clôture était ainsi conçue : « Ce fut » ainsi fait et dicté par la testatrice en présence des témoins,

sect. 2, § 2, art. 4, p. 616. *Junge* Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, lib. 2, t. XV, nos 13 et 14.

«...*Si testator legum solemnitatem contempsit, habet quod sibi imputet,* » *si testamentum nullius sit momenti.* »

«...*Testamentum non debet favorabiliter sustineri, si probabiliter posset* » *dubitari an defunctus voluerit testari.* »

(1) *De officiis*, 1, 30.

(2) Dalloz, 1814, 1, 19, 26 (Devill., 4, 1, 12).

(3) *Id.*, 1814, 1, 19 (Devill., 4, 1, 476).

(4) Devill., 5, 1, 254.

(5) Devill., 5, 1, 385.

» et écrit en entier par moi notaire en présence d'iceux, lu » et relu à la testatrice, etc. »

On attaquait le testament pour défaut de mention de la lecture en présence des témoins. Mais les héritiers institués répondaient que les mots « en présence d'iceux, » se rapportaient aux mots « lu et relu à la testatrice; » qu'à la vérité, ils en étaient séparés par la ponctuation, mais qu'il était plus raisonnable et plus juste de supposer que le notaire eût fait une faute de ponctuation, que de supposer qu'il eût omis une formalité prescrite par la loi. Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 12 mars 1811, déclara le testament bon et valable. On se pourvut en cassation.

On voit que tout le procès consistait dans un point ou dans une virgule : en supprimant la virgule, ou seulement en mettant un point avant ces mots « en présence d'iceux, » on trouve la mention expresse voulue par la loi, et cela sans forcer le sens, sans admettre aucune conjecture ou vraisemblance, sans rien ajouter ou suppléer aux mots indicatifs de la présence des témoins. Dans un cas pareil, la cour pouvait-elle se dispenser de rejeter le pourvoi? Et c'est ce qu'elle fit, en déclarant que la preuve de l'accomplissement des formalités ne pouvait pas dépendre de la ponctuation, et qu'il valait mieux adopter la ponctuation par laquelle la clause était valable (1). Comment M. Toullier ne voit-il pas que c'est sans le secours d'aucune conjecture que le testament fut maintenu, qu'on ne fit que réformer une ponctua-

(1) « La loi (disait M. d'Aguesseau dans une lettre au procureur général » du parlement de Grenoble) ne détermine rien sur la forme des expressions. » Elle ne s'attache ni aux points, ni aux virgules. Elle ne s'occupe pas de la » situation grammaticale dans laquelle le notaire place le testateur pour ex- » primer ses intentions. L'inexactitude du notaire ne suffit pas pour étendre » la peine de nullité. La loi n'écoute pas de vaines cavillations de mots, lors- » qu'elle trouve que ce qu'elle a voulu a été accompli : elle ne s'occupe que » de la chose. » (T. IX, p. 477).

tion vicieuse, de même qu'il est permis de corriger une faute d'orthographe dans une signature et de suppléer un chiffre dans une date, ainsi que nous l'avons dit plus haut (1). Tout ce qui est erreur de plume, *mendum*, ne tire point à conséquence, d'après Menochius et M. Toullier lui-même. Peut-on donc comparer cette espèce avec celles que nous avons précédemment analysées, et y voir un changement de jurisprudence? Voilà cependant l'arrêt que M. Toullier prétend avoir fait révolution, « un de ces arrêts, dit-il, que Bacon appelle énergiquement *anchora legum!* » Certes, il nous paraît qu'une grande préoccupation influençait l'esprit du docte professeur de Rennes, lorsqu'il a cru trouver un appui de sa doctrine dans cette décision que, du reste, M. Merlin regarde comme si peu contraire aux arrêts précédents qu'il la rapporte dans son répertoire, immédiatement après l'arrêt du 24 juin 1811.

Mais, après tout, comment M. Toullier, qui rejette ce dernier arrêt, pourra-t-il concilier son arrêt favori du 24 janvier 1812 avec l'arrêt du 6 mai suivant, qui juge précisément la même chose que l'arrêt du 24 juin 1811, et qui est d'autant plus positif, qu'il casse un arrêt de la cour de Liége (2)? La comparaison de ces monuments de la sagesse de la cour suprême ne prouve-t-elle pas que cette cour n'a nullement voulu abandonner, le 21 janvier 1812, sa jurisprudence antérieure, puisque le 6 mai 1812, elle la confirme par un arrêt des plus décisifs (3)?

Un autre arrêt analogue se trouve également rapporté par M. Merlin : il ne s'agissait que d'une virgule (4), et de la

(1) Nos 1484, 1496.

(2) Devill., 4, 1, 97.

(3) M. Merlin trouve cet arrêt du 6 mai 1812 trop sévère, Répert., vo *Testament*, add., 17, sect. 2, § 3, art. 2, p. 711, col. 2.

(4) Répert., vo *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 648.

place qu'on donnerait à cette virgule dépendait la mention expresse, abstraction faite de toute preuve morale, de toute vraisemblance puisée dans d'autres clauses. Ainsi, ce dernier arrêt ne forme pas un préjugé plus grand que celui du 21 janvier 1812.

1556. Le second arrêt rapporté par M. Toullier est du 30 novembre 1813. M. Merlin l'a consigné dans son Répertoire (1). En voici l'espèce : Chaulandard fait son testament devant un notaire qui le termine ainsi qu'il suit : « Lecture faite au testateur des dispositions ci-dessus, il a déclaré y persister, dont acte, fait et lu en présence des témoins appelés. » On demanda la cassation de ce testament, mais un arrêt de la cour de Grenoble, infirmatif d'un jugement de première instance, le déclara bon et valable. L'héritier *ab intestat* se pourvut en cassation, et le 30 novembre 1813, arrêt de la section civile qui décide que la mention de la lecture faite en présence des témoins ne peut s'entendre que de la lecture que le notaire a dit avoir faite au testateur, et que la cour de Grenoble a bien jugé.

Cet arrêt, comme on le voit, apprécie la clause attaquée, non d'après des preuves morales et des présomptions, mais par l'interprétation grammaticale et rigoureusement juste des mots employés par le notaire. « Lire en présence de quelqu'un » laisse entendre que la personne en présence de qui la lecture se fait, n'est pas le but final de la lecture, mais qu'il y a une tierce personne à qui elle s'adresse plus particulièrement. Or, qui est cette tierce personne ? Le notaire l'a déjà dit d'une manière explicite ; c'est le testateur : « Lecture faite au testateur. » Voilà quelle était l'interprétation, la traduction littérale de la clause, et l'on ne pouvait en révoquer le sens en doute que par des subtilités et des

(1) *Loc. cit.*, p. 649, col. 2.

équivoques réprouvées par la saine logique. Nous ne voyons donc pas ce que cet arrêt pourrait prouver en faveur du système embrassé par M. Toullier.

1557. L'arrêt du 29 novembre 1816 n'est pas plus concluant. La clause attaquée était absolument la même (1) que celle dont nous venons de parler, et si la cour de cassation eût été assez inconséquente pour admettre toutes les subtilités qu'on lui proposait dans le but d'y trouver du doute et de l'incertitude, il faudrait renoncer à se servir du français pour énoncer ses idées, et faire le procès à une langue si amphibologique.

1558. Enfin, le dernier arrêt du 20 novembre 1817 ne peut pas être d'un plus grand secours à M. Toullier. Le testament du sieur Delaporte reçu, à ce qu'il paraît, par un notaire peu expérimenté, était terminé ainsi : « Ce fut ainsi » dit, dicté et nommé par le testateur à nous dit notaire, » aussi même en présence des témoins, ce qu'il a déclaré » bien entendre et bien comprendre.

» Fait et passé en présence de... témoins qui ont signé, et » à l'égard dudit testateur, il a déclaré ne savoir signer de » ce interpellé, après lecture faite audit testateur, qui a dit » bien entendre et bien comprendre. »

Avec un peu d'attention, on voit que le testament a été dicté, écrit, entendu et approuvé par le testateur en présence des témoins. Dans le premier alinéa le testateur dit, « en présence des témoins, bien entendre; » donc, on le lui lisait en présence des témoins. Nous défions le plus subtil logicien de contester cette conséquence, d'autant plus que le verbe « bien entendre » est au présent, et qu'il exclut le doute que le temps « avoir bien entendu » aurait pu faire naî-

(1) M. Merlin trouve identité parfaite dans l'espèce de ces deux arrêts, dans son XVIIe vol. d'Add., p. 716, col. 1.

tre sur la présence des témoins à la lecture; car ils auraient pu assister à la déclaration du testateur d'avoir bien entendu, sans avoir été présents à la lecture. Au lieu que l'emploi du temps présent prouve unité de temps dans la lecture et la déclaration d'entendre, et justifie que ces deux choses font partie d'une seule et même opération dont les témoins ont été spectateurs. D'ailleurs le mot « fait, » qui se trouve répété au second alinéa, s'applique à toutes les opérations qui ont précédé, par conséquent à celle par laquelle le testateur a entendu le testament.

La cour de cassation a donc jugé qu'il résultait de la contexture du testament dont il s'agissait, « qu'il avait été dicté, » écrit, entendu et approuvé par le testateur en présence » des témoins, et qu'il avait été fait mention de cette double » formalité. » Aux yeux de tout homme juste, elle ne pouvait pas juger autrement (1).

1559. C'est donc en vain que M. Toullier a entrepris de renverser l'édifice régulier d'une jurisprudence dont le but est de tenir la main à l'exécution des dispositions du Code sur les solennités des testaments. C'est en vain que, pour mieux le saper, il a essayé d'établir des variations qui n'existent pas. Bossuet, voulant prouver que la réforme n'était qu'une religion d'erreur, fruit des impostures humaines, mit au grand jour toutes les variations qui attestaient son existence vacillante. Mais Bossuet prouva ce qu'il avançait avec une logique que son éloquence rendait encore plus pénétrante. M. Toullier a voulu se servir de la même arme; mais elle s'est émoussée entre ses mains, et ses efforts inutiles prouvent de plus en plus qu'une jurisprudence si constante que celle qui dirige la cour de cassation, doit prévaloir sur

(1) M. Merlin donne à peu près le même commentaire de cet arrêt, et il soutient la même doctrine dans son supplément, Répert., vo *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 712, col. 2 et suiv.

un système qui ne s'appuie que sur les fausses lueurs d'une apparente équité.

1560. En résumé, la jurisprudence de la cour de cassation peut s'analyser ainsi :

1° Lorsqu'une clause ne dit pas expressément ce qu'exige la loi, il n'est pas permis d'avoir recours à des probabilités et à des vraisemblances, pour lui faire dire, dans un langage conjectural, ce qu'elle ne dit pas d'une manière catégorique.

2° Lorsqu'une clause dit ce qu'exige la loi, expressément ou par de véritables équipollents, et sans qu'il soit besoin de rien sous-entendre ni ajouter ou retrancher, et que, cependant, on peut lui faire dire autre chose en changeant la ponctuation, ou en maintenant une ponctuation vicieuse, ou en détournant le sens des expressions, il faut s'en tenir à la mention expresse qui fait valoir le testament (1).

1561. Le Code ne prescrit pas le lieu précis où la mention de la lecture doit se trouver, il suffit qu'elle se trouve expressément dans la contexture du testament pour produire son effet. Mais il faut qu'elle se rapporte aux clauses qui précèdent et qui suivent, et à l'ensemble du testament.

1562. Sous l'ordonnance de 1735, on jugeait qu'un testament nuncupatif écrit était nul dans toutes ses dispositions, par le défaut de lecture de celles que le testateur avait faites après la lecture qui lui avait été donnée des premières. Plusieurs arrêts de la cour de cassation ont décidé la même chose sous le Code Napoléon. En effet, la loi ne se contente pas de la lecture de quelques parties du testament, elle veut qu'il soit donné lecture du testament, et comme le testament est un tout indivisible, si une de ses parties n'a pas été lue, il est nul pour le tout (2).

(1) Cassat., 1er mars 1841 (Devill., 41, 1, 205).

(2) Le premier arrêt est du 19 avril 1809, le deuxième est de la même

1563. Il faut, cependant, faire une distinction fondée sur la loi 21, § 1, D., *Qui test. facere possunt* (1).

Si lorsque le testament est déjà revêtu de toutes ses formalités, le testateur veut néanmoins expliquer une disposition un peu obscure, cette addition n'a besoin d'aucune solennité pour son effet, parce qu'en la faisant le testateur *nihil dat, sed datum significat.* Mais pour cela il faut que cette explication soit telle que le juge eût pu la suppléer d'après les circonstances extrinsèques du testament (2).

Mais s'il s'agit d'une explication qui ajoute à la disposition, et lui donne une latitude ou des priviléges qu'elle ne peut tenir que de la volonté du testateur, cette explication, qui est elle-même une véritable disposition, ne peut valoir qu'autant que l'on aura constaté la formalité de la lecture en présence des témoins, aussi bien que toutes les autres mentions requises par la loi, et si la mention de la lecture, dont nous nous occupons en ce moment, y manque, le testament est nul pour le tout (3).

1564. Du reste, lorsqu'il s'agit d'un renvoi qui se rapporte au corps du testament et qui y tient sa place par une relation nécessaire, la mention de la lecture se rapporte également aux renvois dont le texte a eu besoin, parce qu'en lisant tout l'acte, le notaire a dû nécessairement comprendre dans sa lecture les renvois qui en font partie intégrante (4).

année ; il y en a un troisième, du 4 novembre 1811, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 660 661 et 666, et encore Add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 1, p. 699.

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 175, n° 23.

(2) Merlin, Répert., *loc. cit.*. p. 665.

(3) *Ibid.*

(4) Cassat., 3 août 1808 (Devill., 8, 1. 557). Voy. aussi Merlin, *loc. cit.*, p. 657, et encore Add., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 2, p. 718.

1565. C'est ici le cas de parler de la question de savoir si toutes les mentions que nous venons d'énoncer doivent être constatées par le notaire, ou bien s'il suffit qu'elles se trouvent placées dans la bouche du testateur.

Il est certain que le notaire a seul qualité pour attester l'accomplissement des formalités requises par la loi pour la validité de l'instrument. C'est lui qui rend témoignage des solennités extérieures. Tel est le but de son ministère. Voilà pourquoi on l'appelle notaire instrumentaire. La loi du 25 ventôse an XI dispose que le notaire doit faire les mentions relatives à la signature (1) ; l'ordonnance de 1735, art. 5, disait de plus qu'à peine de nullité, le notaire devait rendre témoignage de l'accomplissement de la formalité de la lecture (2), et une déclaration du 17 mai 1765, interprétative de l'ordonnance de 1735, étendait cette disposition à toutes les mentions nécessaires pour la validité du testament, voulant qu'elles émanassent de la déclaration personnelle du notaire. Si le Code Napoléon n'a pas répété ces prescriptions, c'est qu'elles sont dans l'essence même des fonctions du notaire, et c'est lui-même qui doit constater les formalités, et non le testateur, qui dispose et dicte, mais reste étranger à la forme (3).

Cependant, il peut arriver que le notaire, par une rédaction incorrecte ou peu logique, mette dans la bouche du testateur les mentions qui consacrent l'observation des formalités. Mais il n'importe, pourvu que du testament il résulte que la déclaration mise dans la bouche du testateur

(1) Art. 14.

(2) Cassat., 12 novembre 1823 (Devill., 24, 1, 65).

(3) M. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 691. Limoges, 22 juin 1843 (Devill., 44, 2, 268. *Palais*, 11, 485. Merlin, *loc. cit.*, p. 692). Bruxelles, 5 avril 1816 (M. Merlin, v° *Signature*, t. XVII, p. 693). Bruxelles, 16 mai 1821 (M. Merlin. v° *Testament*, t. XVII, p. 693).

n'est pas étrangère au notaire, ou, en d'autres termes, qu'il apparaisse sous cette forme sans précision, que cet officier public, garant nécessaire et virtuel de la vérité de tous les faits qu'il énonce comme siens, s'est rendu propre la mention émanée du disposant, attestant ainsi lui-même implicitement, mais nécessairement, ce qu'a attesté le testateur (1). C'est ainsi que se concilient des arrêts et des opinions que M. Merlin oppose les uns aux autres, et qui ne se contredisent en réalité que parce que l'interprétation donnée aux faits, d'après les circonstances, n'est pas la même.

1566. Lorsqu'un testament contient les mentions expresses requises par la loi, on ne peut être admis à prouver autre chose que ce qu'elles énoncent, sans inscription de faux. *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non admittitur.* Tout ce qui regarde la solennité extérieure, la nature de l'acte et des dispositions, est établi, prouvé, démontré par l'allégation du notaire, et non-seulement la loi n'exige pas d'autre preuve, mais encore elle la condamne (2). C'est ce qui faisait dire à Montvallon (3) : « Il est certain qu'on » n'est point admis à prouver par témoins contre le contenu » du testament, dans les faits qui sont de l'office du no- » taire qui l'a reçu, et qui dépendent de ce qu'il voyait et » entendait lors de l'acte ; il n'y a en ce cas que la voie » de l'inscription de faux. »

La loi du 25 ventôse an XI déclare d'ailleurs, dans son article 19, que tous les actes notariés font foi en justice (4).

(1) Cassat., deux arrêts du 13 mai 1829, rejet, (Devill., 9, 1, 290). Cassat., 2 août 1821, rejet (M. Merlin, Répert., t. XVII, p. 694. Dalloz, 1821, 1, 463). Turin, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 381. Merlin, t. XVII, p. 691).

(2) D'Aguesseau, 37e plaidoyer.

(3) *Traité des successions*, t. I, p. 467.

(4) Voy., au surplus, un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1810, qui le juge ainsi (Devill., 3, 1, 275).

1567. Il est vrai que la voie de l'inscription de faux est périlleuse; car les témoins qui ont signé le testament sont rarement disposés à déposer contre la teneur des actes auxquels ils ont coopéré. On a même douté qu'ils pussent être admis à donner témoignage, et beaucoup d'anciens arrêts ont décidé la négative. Mais aujourd'hui, il est certain qu'ils peuvent déposer contre l'acte dont ils ont été les témoins instrumentaires, et dès avant le Code d'instruction criminelle, le savant président Favre l'avait consigné dans son Code (1). « *Debet plus credi notario et publico instrumento* » *quam testibus instrumentariis adversus notarii et instru-* » *menti fidem testificantibus, quamdiù instrumenti fides so-* » *lemni accusatione falsi non labefactur. Sed post institutam* » *accusationem solemnemque inscriptionem, cum vix nisi per* » *testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instru-* » *mentariis quam notario vel instrumento credatur, si vel* » *omnes majori ex parte ab instrumenti scriptura dissen-* » *tiant* (2). »

Aussi, la cour de cassation a-t-elle décidé, le 12 juillet 1825, au rapport de M. Piet et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général de Marchangy, que les témoins instrumentaires peuvent être entendus sur la vérité des énonciations contenues dans l'acte argué de faux (3).

1568. Lorsque la preuve du faux ne résulte que des dé-

(1) T. IV, *Ad leg. Cornel., De falsis*, déf. 3.

(2) Toullier, t. V, n° 412, p. 382. Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Témoin instrumentaire*, § 2, p. 405, vol. 2.

(3) Devill., 8, 1, 152. Outre cet arrêt, on peut encore en citer d'autres : ainsi un arrêt de cassation, du 23 novembre 1812 (Devill., 4, 1, 230) ; un arrêt de Nancy du 24 juillet 1833 (Devill., 35, 2, 9), et un arrêt de cassat. du 12 août 1834 (Devill., 35, 1, 202). L'objection qui fut repoussée par ces divers arrêts était tirée de l'art. 283 du Code de procédure civile. On voulait assimiler les témoins instrumentaires à ceux qui ont donné des certificats sur les faits à l'égard desquels on invoque leur témoignage.

clarations seules des témoins instrumentaires, on ne doit pas, sans de graves motifs, annuler le testament. Car les témoins se trouvent en quelque sorte en contradiction avec eux-mêmes, et il faudrait que leur déposition à l'enquête fût empreinte de grands signes de vérité pour l'emporter sur ce qu'ils ont attesté dans un acte public. Mais il m'est impossible de partager l'opinion de M. Merlin, qui veut que, dans aucun cas, ces dépositions ne puissent nuire au testament.

En effet, dit-il, lorsqu'il n'y a pas d'autres graves présomptions résultant des circonstances de la cause, quoiqu'il soit possible que les dépositions judiciaires par lesquelles des témoins instrumentaires rétractent ce qu'ils ont certifié par leur signature dans le testament, ne soient de leur part qu'un hommage franchement rendu à la vérité, néanmoins aussi, il est possible qu'elles soient l'effet de la surprise et de la subornation. Et dans l'incertitude, que peut faire le juge? rejeter ces dépositions. Car ces hommes ne peuvent pas inspirer une confiance entière à la justice, qui s'accusent devant elle de s'être rendus complices d'un faux.

Mais cette doctrine serait fatale et pernicieuse. Elle est contraire au bon sens. Il est possible qu'un témoin instrumentaire ait légèrement attesté une chose dans un acte où il n'était qu'assistant. Mais lorsque son caractère le fait supposer incapable d'un mensonge, rejettera-t-on pour cela la déposition solennelle et assermentée qu'il fera en présence de la justice? Autre chose est déposer en justice sous la foi du serment, autre chose certifier dans un acte l'observation de certaines formalités dont on n'aperçoit pas toujours l'importance. C'est au juge à apprécier le caractère du témoin, son degré de crédibilité, et de voir s'il agit par impulsion subornative, ou pour rendre hommage à la vérité.

L'arrêt de la cour de cassation du 17 décembre 1818, que

cite M. Merlin à l'appui de son opinion, ne prouve rien, puisqu'il est fondé sur l'appréciation des faits qu'il est dans l'arbitrage du juge d'admettre comme certains ou de rejeter.

1569. Maintenant, nous allons nous occuper des formalités prescrites par la loi sur le notariat, qui ne se trouvent pas dans le Code Napoléon. Les articles suivants achèveront de compléter les dispositions de ce Code sur les solennités des testaments nuncupatifs écrits.

On avait d'abord pensé que la loi sur le notariat ne s'étendait pas aux dispositions testamentaires, depuis que le Code Napoléon s'était occupé de les régler. Mais ce système, parfaitement réfuté par M. Merlin (1), a été proscrit dès son origine par un arrêt de la cour de cassation du 1er octobre 1810 (2).

L'article 12 de cette loi dit que tous les actes doivent énoncer le nom et le lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant. Point de nullité, par conséquent, pour cette omission à laquelle on peut toujours suppléer, puisque le notaire tient ses pouvoirs d'une nomination déposée au greffe du tribunal de première instance où il a prêté serment (3).

1570. Le même article ajoute que les actes doivent également énoncer le nom des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous peine de nullité et de faux s'il y échoit. Voilà plusieurs formalités importantes, et dont il convient de se pénétrer :

1° Nom des témoins instrumentaires;

2° Demeure des mêmes;

3° Lieu où l'acte a été passé;

4° Année et jour.

(1) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 667 et suiv.

(2) Devill., 3, 1. 237.

(3) N° 1530.

1571. On sent qu'il est de la dernière importance que l'acte fasse connaître le nom et la demeure des témoins, afin que l'on puisse s'assurer s'ils jouissent de la capacité exigée par la loi ; et qu'il soit non-seulement daté de l'an et du jour, mais du lieu où il a été passé, pour qu'on puisse vérifier si le notaire pouvait instrumenter dans ce lieu.

Comme l'ordonnance de Blois exigeait que le notaire indiquât non-seulement le lieu de la passation de l'acte, mais encore la maison où il était dressé, on a demandé si cette indication était également nécessaire sous la loi du 25 ventôse an XI.

M. Toullier avait d'abord embrassé l'affirmative (1), mais il s'est ensuite rétracté (2). Un arrêt de la cour de cassation, du 23 novembre 1825, a décidé que l'indication de la maison n'est pas nécessaire, et que l'énonciation « fait à Sauveterre, etc., » remplit suffisamment le vœu de la loi du 25 ventôse (3). Déjà la cour de cassation avait décidé cette question dans le même sens, par arrêt du 28 février 1816 (4).

1572. Quant à l'énonciation de la demeure des témoins, la jurisprudence a cherché à éviter les rigueurs dans lesquelles on voulait l'entraîner, en lui présentant l'asservissement aux mots et à la lettre comme une religieuse observation de l'esprit de la loi.

Aussi, voyons-nous que la cour de Paris a décidé, par un arrêt du 3 juillet 1824, que ces mots : « fait en présence » de MM... tous quatre de Sauveterre, » contenaient, d'après leurs qualités, une indication suffisante de leurs demeures, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la cour suprême le 23 novembre 1825 (5).

(1) T. V, n° 453.
(2) T. VIII, n° 82.
(3) Dalloz, 1826, 1, 11.
(4) Dalloz, 1816, 1, 65.
(5) Dalloz, 1826, 1, 11.

C'est aussi ce qu'avait précédemment jugé, dans des espèces toutes semblables, la cour d'Aix par arrêt du 3 décembre 1812 (1), et la cour de cassation par arrêt du 28 février 1816 (2).

1573. Quant à la date de l'année et du jour, elle est nécessaire pour plusieurs motifs; d'abord, dans le cas de plusieurs testaments, afin de savoir quel est celui qui déroge aux autres; et ensuite, afin de pouvoir constater la capacité du testateur, du notaire et des témoins, à l'époque où le testament a eu lieu.

L'erreur dans la date n'est pas toujours une cause absolue de nullité, et il en est de même pour le testament authentique que pour le testament olographe; il suffit que cette erreur puisse être réparée et rectifiée d'après les énonciations mêmes du testament, et d'après les faits qui se rattachent à ces énonciations. Ainsi, le testament qu'un individu décédé le dimanche, 10 octobre, à sept heures du matin, avait laissé à la date du samedi, 10 octobre, après midi, a pu, nonobstant l'énonciation inexacte du 10 octobre, être réputé avoir été fait le 9, qui était le samedi (3).

1574. On ne saurait voir une fausse date dans l'espèce suivante. Un testament avait été commencé le 4 décembre, à trois heures après-midi; il fut interrompu à cinq heures par une défaillance du testateur; on ne put le reprendre que le lendemain à trois heures du matin, et c'est seulement ce jour-là qu'il fut clos. Il y avait donc eu une interruption de force majeure. Néanmoins, le notaire avait daté l'acte du jour où il l'avait commencé, et non pas du jour où il l'avait fini. Était-ce un cas de nullité? Ne fallait-il pas appliquer

(1) Devill., 4, 2, 207.

(2) Voy. Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, § 2, n° 3, p. 614, col. 2.

(3) Rouen, 23 juillet 1825 (Dev'll., 8, 2, 116).

ici cette règle générale que la date d'un acte est celle du jour où il a été consommé? La cour de Limoges, par arrêt du 14 décembre 1842, se prononça pour la validité de l'acte; aucun soupçon de fraude ne s'élevait, et la conscience du juge était rassurée sur la sincérité des dispositions testamentaires. Il eût été trop rigoureux de casser le testament parce qu'il ne portait pas une double date, d'autant que les deux parties de l'acte n'étaient pas séparées par un intervalle assez considérable pour qu'on ne pût pas les regarder comme faisant partie d'un seul tout (1).

1575. On s'est demandé si la surcharge de la date aurait pour effet d'entraîner la nullité de la date, et par suite du testament. Bien que l'art. 16 de la loi de ventôse prononce la nullité des mots surchargés dans les actes du notaire, cependant il a été jugé qu'une surcharge de date dans un testament authentique n'entraînerait point de nullité, si elle paraissait avoir été faite sans fraude, et n'avoir eu d'autre but que de rectifier une erreur matérielle échappée au notaire et rectifiée instantanément. La cour de Grenoble l'a décidé ainsi, le 22 février 1809 (2). Il y a aussi, dans le même sens, un arrêt de rejet de la cour de cassation du 21 mai 1838 (3).

1576. Quoique la loi sur le notariat soit, en général, applicable aux testaments, il y a un article qui ne peut concerner ce genre d'actes : c'est l'art. 68, où il est dit qu'un acte nul comme acte public vaut cependant comme acte sous signature privée, quand il est revêtu de la signature de toutes les parties. On ne peut tester sous signature privée que par testament olographe. Or, le testament olographe doit être écrit en entier par le testateur. Donc, si le testament ne

(1) Devill., 44, 2, 7.
(2) Devill., 3, 2, 33.
(3) Devill., 38, 1, 297.

vaut pas comme acte public, il ne peut valoir d'aucune autre manière.

1577. Le Code Napoléon ne dit pas non plus que le testament doit être signé par le notaire. Mais cette obligation est formellement imposée par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, à peine de nullité.

Est-il nécessaire que le notaire ne se contente pas de signer, mais qu'il fasse aussi mention qu'il a signé ? Le même article de la loi précitée paraît l'exiger à peine de nullité (1). Mais un avis du conseil d'État (2), du 16 juin 1810, a décidé que cette mention n'est pas nécessaire, non-seulement pour les testaments, mais encore pour tous autres actes quelconques.

Le testament doit être signé par le notaire en présence du testateur. Un arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1840 (3), l'a ainsi décidé. Le testateur est l'unique auteur de l'acte contenant ses dernières volontés, et toutes les parties de cet acte doivent s'accomplir en sa présence.

ARTICLE 973.

Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

SOMMAIRE.

1578. De la signature du testateur.

1579. Peu importe que la signature soit du nom de baptême ou du nom de famille, du moment que l'identité est certaine.

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, art. 2, p. 667.

(2) Voy. Merlin, Répert., v° *Signature*, § 3, art. 3, alinéa 5, p. 632.

(3) *Palais*, 1840, I, p. 20'.

1580. Il en est de même de l'irrégularité ou de l'omission de lettres dans le nom du testateur.

1581. La mention de la signature du testateur est nécessaire;

1582. Il n'en est pas de même de la mention de la signature du notaire.

1583. Est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?

1584. De la mention expresse de la déclaration du testateur, qu'il n'est pas en état de signer, et de la cause qui l'empêche de signer.

1585. La fausse déclaration faite à cet égard par le testateur vicierait le testament.

1586. *Secus* de la contradiction apparente entre la mention que le testateur a signé, et l'énonciation, mise à la suite, qu'il a déclaré ne pouvoir le faire à cause de sa faiblesse.

1587. Le notaire doit faire mention de cette déclaration du testateur, à peine de nullité; il ne pourrait se borner à dire que le testateur n'a pas signé à cause de sa faiblesse.

1588. La mention expresse exigée par l'art. 973 peut être remplacée par des équipollents.

1589. Du reste, en cette matière, les questions sont des questions moins de principe que d'espèce.

1590. Si le testateur mourait avant d'avoir achevé de signer son nom, le testament serait nul, quand bien même le notaire aurait fait mention de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort.

1591. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972? — Arrêt Picart.

COMMENTAIRE.

1578. Pour terminer et ratifier tout ce qui vient d'être fait, le testateur doit signer l'acte. C'est l'opération qui conclut toutes les solennités du testament. On parlera dans l'article suivant de la signature des témoins (1).

(1) « Signez, Monsieur, signez, c'est le point nécessaire. » Vérité sérieuse sous une forme plaisante.

1579. On a élevé, pour les testaments publics, la même question que pour les testaments olographes, savoir : s'ils doivent être signés, à peine de nullité, du nom de famille du testateur (1). La signature sera valable si elle porte le nom, quel qu'il soit, qui a servi à identifier le testateur et à le distinguer des autres membres de sa famille et de ses concitoyens.

1580. Elle sera valable aussi, quoique mal formée, s'il est permis de retrouver en elle le nom du testateur (2), ou même si, étant incomplète par l'omission de quelques lettres, elle ne laisse pas de doute sur l'identité de la personne (3).

1581. Le notaire doit, de plus, faire mention que le testateur a signé. Cette formalité est exigée, à peine de nullité, par l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an XI, portant : « Les » actes seront signés par les parties, les témoins et les no- » taires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte, » et par l'art. 68 qui prononce la peine de nullité.

La cour de Turin, faisant application de cet article, a décidé, par arrêt du 11 novembre 1811 (4), qu'une mention ainsi conçue : « Fait et lu audit testateur à haute et intelligible voix, en présence des témoins susdits et soussignés, » ne renferme pas la mention de la signature du testateur. En effet, le mot « soussignés » ne se rapporte qu'aux témoins et nulle induction grammaticale ne peut l'étendre jusqu'au testateur (5).

1582. Notez que ni la loi du 25 ventôse an XI, ni aucun arrêt n'exigent la mention de la signature du notaire (6). Sa

(1) *Supra*, nos 1494, 1495.
(2) *Supra*, nos 1580 et suiv.
(3) *Infra*, no 1587 *in fine*.
(4) Devill., 3, 2, 574; *Palais*, 9, 687.
(5) M. Toullier, t. V, p. 424, trouve cet arrêt trop sévère.
(6) Cassat., 11 mars 1812 (*Palais*, 10, 192).

signature fait foi parce qu'elle existe et se voit ; elle n'a pas besoin d'être attestée (1).

1583. Il est clair que la signature doit être la dernière opération de l'acte, et qu'elle doit venir même après la date.

Mais est-il nécessaire que la mention de la signature soit mise à la fin de l'acte?

L'affirmative paraît résulter, au premier coup d'œil, de l'art. 14 de la loi sur le notariat, qui dit expressément que les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. Elle paraît résulter encore de cette raison, à savoir : comment, avant que la signature du testament soit apposée, au commencement du testament, par exemple, le notaire peut-il mentionner d'avance et comme déjà exécuté, ce qui n'est que futur? Mais ce serait pousser trop loin la subtilité que de raisonner ainsi ; ce serait créer une nullité que le Code n'a point prononcée. D'ailleurs, dans les différentes mentions qu'il a prescrites sur la forme des testaments, le Code n'a point indiqué la place de ces mentions, et il a été jugé plusieurs fois (2), notamment en ce qui concerne la mention de l'écriture, qu'elle pouvait indifféremment être placée dans le préambule ou dans la clôture du testament : il en doit être de même pour la mention de la signature. La jurisprudence n'a point été appelée à se prononcer sur cette question quant au testament par acte public ; mais elle a reconnu constamment, ainsi que nous le verrons dans le numéro suivant, que la mention que le testateur déclare ne pouvoir ou ne savoir signer, peut être placée au commencement ou dans le corps de l'acte. Or, entre ces deux points, l'analogie est

(1) Riom, 17 novembre 1803 (Dalloz, t. V, n° 783). *Junge* avis du conseil d'Etat du 6 juin 1810.

(2) Cassat., 26 juillet 1808 (Devill., 2, 1, 558). Cassat., 18 octobre 1809 (Devill., 3, 1, 111).

complète, et l'art. 14 *in fine* de la loi de ventôse met sur la même ligne et la mention de la signature et la mention de la déclaration de ne pouvoir signer.

On comprend d'ailleurs, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, qu'il importe peu, dans la réalité, que la mention de la signature soit placée dans le corps de l'acte ou à la fin, parce que le testateur, les témoins et le notaire, en signant l'acte lorsqu'il est terminé, attestent personnellement tout ce qui a été dit avant la clôture (1).

1584. Lorsque le testateur ne sait pas ou ne peut pas signer, le notaire doit faire mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui empêche de signer. Cette mention équivaut à la signature. Nous répétons ici que le lieu et la place du testament où elle se trouve placée sont indifférents. Le Code n'a point fixé de place sacramentelle, et par cela il a dérogé à la loi sur le notariat (2).

1585. S'il arrivait que le testateur, sachant et pouvant signer, eût déclaré qu'il ne savait ou ne pouvait, cette fausse déclaration équivaudrait à un refus de signer et vicierait entièrement le testament. Il serait à croire que le disposant n'aurait dicté le testament que par violence et suggestion, et que, pour en empêcher l'effet, il a cherché un prétexte mensonger pour se dispenser de le ratifier par sa signature (3).

1586. Si, après la mention que le testateur a signé, il est dit qu'ayant essayé de le faire, il a déclaré ne le pouvoir à cause de sa maladie ou de sa faiblesse, la contradiction apparente de ces deux énonciations ne suffit pas pour annuler

(1) Toullier, t. V, n° 434, p. 424.

(2) Dijon, 8 janvier 1811 (Devill., 3, 2, 391). Paris, 25 novembre 1813 (Devill., 4, 2, 363). Cassat., 18 août 1817 (Devill., 5, 1, 367). Bordeaux, 17 juillet 1845 (Devill., , 46, 2, 440, voy. la note). Merlin, Répert., v° *Signature*, p. 571 et suiv.

(3) Grenoble, 25 juillet 1810 (Devill., 3, 2, 313). Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198).

le testament. Il est dans l'ordre naturel que, lorsque le testateur annonce vouloir signer le testament, le notaire déclare qu'il a signé. Mais il est possible qu'au moment de signer, le testateur éprouve une impossibilité qu'il n'avait pas prévue ; le notaire doit la constater, et le concours de ces deux faits n'a rien qui ne soit dans le cours ordinaire des choses et qui puisse porter atteinte au testament (1).

1587. Que si le testateur, après avoir dit qu'il voulait signer, ne le pouvait, et que sa main tremblante fût incapable de tracer des caractères lisibles, le notaire ne devrait pas se borner à dire que le testateur n'a pu signer à cause du tremblement de sa main ; il devrait, à peine de nullité, faire mention de la déclaration du testateur qu'il n'a pu signer, la loi ne voulant pas que ce soit le notaire qui déclare l'impossibilité et exigeant que cette déclaration soit mise dans la bouche du testateur. Cette opinion est consacrée par un arrêt de rejet de la cour de cassation (2).

Dira-t-on qu'il y a à cela beaucoup de sévérité, parce que l'effort du testateur, le tremblement de sa main et l'impuissance qui en résultent, sont des faits parlants qui disent tout ce qu'il faut dire ? Mais il faut répondre que ces apparences extérieures ne sont pas suffisantes pour qu'il soit certain que le testateur a persisté dans sa volonté au milieu de ses angoisses : il a pu éprouver de brusques changements, de complètes éclipses, et la connaissance peut n'avoir pas duré jusqu'au dernier moment, au milieu du trouble de son intelligence (3).

(1) Cassat, 21 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 268). Cassat., 18 juin 1816 (Devill., 5, 1, 206). Merlin, Répert., vo *Testament*, p. 630, et Add., vo *Signature*, p. 571.

(2) 25 avril 1825 (Dalloz, 25, 1, 278). *Junge* Bruxelles, 8 décembre 1810. Merlin, Répert., vo *Signature*, t. XVII, p. 559.

(3) Voy. *infra*, nº 1591, un arrêt de la cour de Paris.

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la cour de cassation, le testateur n'avait pu tracer que les initiales de son nom avec des caractères illisibles et informes. Mais ne serait-il pas possible d'arriver à une solution moins rigoureuse, si, malgré la survenance du tremblement nerveux et maladif, le testateur parvenait à tracer un nombre de lettres suffisant pour qu'on puisse y trouver, au moins par équipollents, une signature suffisante? Par exemple, si le testateur nommé *Sengès* avait écrit *Seng*, j'inclinerais pour la validité du testament, pourvu que le corps d'écriture fût suffisamment net (1); ceci, du reste, dépend beaucoup des circonstances.

1588. La mention expresse exigée par notre article peut être remplacée par des équipollents, lorsqu'ils remplissent *identice et æqualiter* le but de la loi. Si, par exemple, le testament constate que le testateur et les témoins n'ont pas signé parce qu'ils étaient illettrés, de ce enquis et requis, il y a mention suffisante que le testateur et les témoins ont déclaré ne savoir signer (2).

De même, la déclaration que le testateur ne sait signer remplit le vœu de la loi, qui exige que le testateur énonce la cause qui empêche le testateur de signer (3).

(1) *Supra*, n° 1580. Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2. 75). Nancy, 1er mars 1831 (Devill., 31, 2, 182). *Contra*, Caen, 11 décembre 1822. C'est l'arrêt qui a donné lieu à l'arrêt de cassation du 25 avril 1825, même numéro.

(2) Cassat., 11 pluviôse an VII (M. Merlin donne à cet arrêt la date du 7 nivôse, Répert., v° *Signature*, t. XVII, p. 567).— Bourges, 15 février 1860 (Devill., 61, 2, 70).

(3) Liége, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2. 175).—De même, la mention que le testateur, interpellé de signer, a déclaré ne savoir écrire, équivaut à la mention de sa déclaration de ne savoir signer. Cassat., 1er février 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 813; Devill., 59, 1, 393). V. MM. Toullier, t. V, n° 438; Vazeille, art. 973, n° 9; Coin-Delisle, *ibid.*, n° 7; Marcadé, *id.*, n° 2; Bayle-Mouillard, t. II, p. 418, note 6; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1084 — V. en sens contraire MM. Delvincourt, t. II, p. 304; Duranton, t. IX,

De même encore, lorsque le testament énonce l'obstacle qui a empêché le testateur de signer, et renferme une approbation formelle par le défunt de la lecture qui lui a été faite, ces deux circonstances font pleinement présumer que le défunt a déclaré lui-même ne savoir ou ne pouvoir signer (1).

Enfin, un testament contient mention suffisante que le testateur a déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, lorsqu'il y a une clause ainsi conçue : « Et la testatrice fait sa marque » pour ne savoir écrire ni signer, de ce enquise suivant la » loi (2). » En effet, on voit d'abord que le testateur a été interpellé par le notaire de signer. On voit qu'à cette question le testateur répond par l'apposition d'une marque : ce qui est répondre par les faits qu'il ne sait pas signer. De plus, il est dit que cette marque a été mise pour ne savoir écrire ni signer. Cette clause du testament ne prouve-t-elle pas jusqu'à l'évidence que le testateur a déclaré ne savoir signer, et que l'apposition de la croix a été la suite de sa déclaration?

1589. Au surplus, nous n'en finirions pas si nous voulions examiner, pied à pied, tous les arrêts qui tantôt ont admis les équipollents et tantôt les ont rejetés. Tout cela est subordonné aux circonstances, aux impressions des juges, à la faveur des cas particuliers, à la propension des magistrats pour ou contre le testament. Les principes n'ont rien à voir dans ces conflits d'espèces; ils ne sont pas contestés en eux-mêmes : seulement, dans l'appréciation des faits, il y a

nº 95. — D'après MM. Aubry et Rau, 85, § 670, p. 518, cette mention ne serait suffisante qu'autant qu'elle serait appuyée d'autres énonciations ou faits matériels résultant du testament qui prouveraient, que le mot *écrire* a été employé comme synonyme du mot *signer*.

(1) Grenoble. 22 janvier 1810 (Devill., 3, 2, 191).

(2) Colmar, 13 novembre 1813 (M. Merlin, t. XVII, p. 568, col. 2). Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1816 (Devill., 5, 1, 516).

plus ou moins de rigueur, suivant la diversité des occasions (1). Tout ce que nous pouvons dire, c'est qu'il ne faut pas de rigueurs inutiles et que les tribunaux ont été quelquefois plus sévères observateurs de la loi que la loi elle-même ne l'aurait voulu.

1590. Si, après l'accomplissement de toutes les formalités exigées et au moment où le testateur prenait la plume pour signer, il venait à expirer avant d'avoir formé son nom, ou même sans l'achever suffisamment de manière à laisser un véritable seing, le testament serait nul malgré ce que le notaire pourrait dire de la persévérance du testateur jusqu'au moment de sa mort. Car le notaire n'est pas juge de cette persévérance, et il n'est pas plus permis d'y croire que de croire que le défunt n'a pas persévéré. Cette dernière opinion est même la seule admissible, puisqu'elle se trouve corroborée par le défaut de la signature requise par la loi, à peine de nullité. C'est ce qu'a jugé le Châtelet de Paris, en 1750 (2), et nous verrons au numéro suivant les motifs d'un arrêt qui confirment ces idées.

1591. Il reste à examiner un dernier point. La mention de ne pouvoir signer doit-elle être lue au testateur en présence des témoins, conformément à l'art. 972 du Code Napoléon? Ou bien l'art. 973 doit-il être isolé de l'art. 972?

Cette question s'est présentée devant la première chambre de la cour d'appel de Paris, sous ma présidence, dans l'espèce suivante (3).

Le testament d'un sieur A. Picart se terminait ainsi :

(1) Douai, 9 novembre 1809 (Devill., 3, 2, 144). Bruxelles, 8 décembre 1810 (Merlin, Répert., vo *Signature*, t. XVII, p. 569). Liége, 24 novembre 1806 (Devill., 2, 2, 175). Toulouse, 5 avril 1818 (Devill., 5, 2, 371).

(2) Merlin, Répert., vo *Signature*, p. 629.

(3) 14 juillet 1851 (*J. Palais*, 1851, 2. 193).

« Et le testateur a signé avec lesdits quatre témoins et le » notaire, après une lecture entière des présentes et nou- » velles.

» Ici le testateur ayant déclaré qu'il pourrait encore si- » gner audit notaire en présence des quatre témoins a fait » d'inutiles efforts pour y arriver, et à leur vu, enfin, a » déclaré que l'état de faiblesse et de fièvre où il était en ce » moment l'empêchait absolument de pouvoir signer, de ce » interpellé par ledit notaire en présence desdits quatre té- » moins; quant auxdits quatre témoins et au notaire, ils » ont tous signé après une nouvelle et entière lecture de » tout ce qui précède. »

Ce testament fut attaqué par la veuve du testâteur, qui soutenait qu'en droit il y avait nullité dans l'acte, en ce que le notaire n'avait pas mentionné avoir donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration relative à l'impossibilité de signer ses dispositions.

Le tribunal de Sainte-Menehould rejeta la demande en nullité ; mais, sur l'appel, la cour de Paris rendit l'arrêt suivant :

« La cour,

» Considérant, que le testament du 3 décembre 1848 ne constate pas qu'il a été donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration par lui faite que son état de fièvre et de faiblesse l'empêchait de signer l'acte;

» Que, d'un autre côté, il résulte des faits de la cause, qu'après d'inutiles efforts pour signer, le testateur est tombé en syncope, que son état s'est aggravé, et qu'il est mort quelques heures après;

» Que c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un testament *in extremis,* qu'il convient de se conformer scrupuleusement aux formalités édictées par la sagesse du législateur dans le but de prévenir les erreurs ou les surprises, et de donner à la

société et aux familles une preuve solennelle de la plénitude de volonté du disposant;

» Considérant que l'art. 973 du Code Napoléon n'a pas cru devoir s'en rapporter au témoignage seul du notaire pour expliquer l'absence de la signature du testateur; qu'il a expressément voulu que ce soit le testateur lui-même qui déclare qu'il ne sait ou ne peut signer;

» Qu'il serait possible, en effet, que le notaire fût trompé par les apparences, et qu'il attribuât à une impossibilité purement physique ce qui serait la conséquence d'un défaut de volonté;

» Que dans les moments qui touchent à l'agonie, et lorsque l'état du malade subit de brusques changements, l'intelligence peut à chaque instant s'éteindre, et la connaissance cesser de persister;

» Qu'il est certain, en droit, que si le malade vient à être abandonné par ses facultés mentales avant de signer, le testament reste imparfait;

» Que c'est pour s'assurer de la persistance de la volonté jusqu'à la fin de l'acte, que l'article 973 a établi que ce serait le disposant lui-même qui déclarerait que, s'il ne signe pas, c'est seulement parce qu'il ne peut pas accomplir cette formalité matérielle;

» Que cette déclaration est nécessaire pour imprimer à ses dernières dispositions le sceau de la certitude;

» Considérant que, dans la matière des testaments, différente sous ce rapport de la matière des contrats, les déclarations du testateur ne font foi qu'autant qu'elles lui ont été lues par le notaire en présence des témoins, et qu'il ne les a pas contredites;

» Que cette épreuve a été jugée indispensable par l'article 972, pour préserver la rédaction de toute méprise et mettre l'autorité du testament au-dessus de tous les doutes;

» Qu'il n'y a pas d'exception à cette règle pour la déclaration du testateur de ne pouvoir signer; que cette déclaration fait partie du testament; qu'elle est le dernier mot du testateur et la confirmation persévérante et définitive de tout ce qu'il a voulu; qu'il est de la plus haute importance que l'acte établisse, par une preuve irrécusable, que le notaire n'a pas été trompé par les paroles incertaines et mal articulées d'un malade qui balbutie en présence de la mort; *balbutiens et linguæ seminecis*, comme dit la loi romaine;

» Que vainement voudrait-on arriver à une conclusion contraire en isolant l'article 973 de l'article 972; mais que ces deux articles doivent s'interpréter l'un par l'autre, non-seulement parce que telle est la règle générale de l'interprétation des lois (L., 24, D., *De legibus*); mais encore parce qu'ils se lient ensemble par leur objet et par leur relation à un même ordre de formalités;

» Que, d'une part, l'article 973 exige que la déclaration de ne pouvoir signer soit mentionnée dans l'acte;

» Que, d'autre part, cet acte étant un testament, c'est-à-dire un acte *sui generis*, et qui a des caractères spéciaux, n'est valable, d'après l'art. 972, qu'autant que son contenu a été lu au testateur, en présence de témoins; qu'il est clair, dès lors, que l'article 973 n'avait pas besoin de parler de nouveau de la lecture; que c'eût été une répétition inutile; que, puisque la déclaration de ne pouvoir signer doit sortir de la bouche du testateur, et qu'elle fait partie de la dictée, elle doit aussi subir le contrôle de la lecture, d'après l'art. 972, auquel se rattache l'art. 973 étroitement et nécessairement, par son renvoi à l'acte même dont l'article 972 a tracé les formalités substantielles;

» Qu'ainsi, la lettre et l'esprit de la loi sont d'accord pour établir que le testament de Jean-Ambroise Picart manque

d'une des formalités édictées, à peine de nullité, par les art. 972, 973 et 1001 du Code Napoléon, etc. ;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, au principal déclare nul (1)... »

Cet arrêt, dont je suis le redacteur, pourra paraître sévère : le cas particulier l'explique et l'excuse sous ce rapport. Son plus grand défaut, si c'en est un, c'est d'être en opposition avec des arrêts de la cour de cassation. Cette cour en est saisie, elle décidera si la cour de Paris a ajouté aux dispositions de la loi (2).

ARTICLE 974.

Le testament devra être signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.

SOMMAIRE.

1592. Dans les villes, tous les témoins doivent signer le testament.
1593. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins signe. Raison de cette disposition.

(1) Voy., en sens contraire, les arrêts suivants :

Douai, 6 mars 1833 (Dalloz, 34, 2, 16). Montpellier, 3 juin 1833 (*Palais*, 34, 1, 352), Pourvoi rejeté le 3 juillet 1834 (*Palais*, 34, 2, p. 508). Aix, 16 février 1853 (*Palais*, 1853, 2, 8). Dijon, 2 mars 1853 (*Palais*, 1853, 2, 10). Douai, 24 mai 1853 (*Palais*, 1853, 2, 12).

(2) Depuis que ceci a été écrit, la cour de cassation a statué. Elle a cassé l'arrêt de la cour de Paris, mais en se fondant sur ce que, contrairement aux appréciations de cet arrêt, le testament constatait suffisamment, en fait, que la lecture avait été donnée au testateur de la déclaration par lui faite de son impossibilité de signer.

L'arrêt de la cour de cassation est du 24 mai 1853 (voy. *Journal du Pa-*

1594. Sens du mot *campagnes*.
1595. Importance de la signature des témoins et du notaire.
1596. Il suffit, pour ceux des témoins de campagne qui ne savent ou ne peuvent signer, que leur déclaration soit mentionnée.
1597. Du reste, peu importe, lorsqu'il y a identité reconnue, l'irrégularité de la signature.

COMMENTAIRE.

1592. Tout ce que nous avons dit de la signature du testateur s'applique aussi à la signature des témoins. Il est inutile de nous répéter à cet égard. Mais il y a quelque chose à ajouter :

La loi veut que dans les villes le testament soit signé par tous les témoins. On n'est pas embarrassé pour trouver, dans les localités populeuses, des hommes en état d'écrire leur nom. Il est bon que les témoins fortifient autant que possible, par leur signature, l'autorité du testament.

1593. Cependant la difficulté de trouver, dans les campagnes, des individus sachant écrire ou signer, a porté la loi à introduire une exception : dans les campagnes donc, il suffit que deux témoins signent, si le testament est reçu par un notaire assisté de quatre témoins, ou qu'un seul témoin signe, si ce sont deux notaires qui le reçoivent.

Le motif de la loi est extrêmement sage; il fallait tenir compte de difficultés locales et d'impossibilités matérielles, il ne fallait pas rendre impossible la confection des testaments.

1594. Mais la rédaction de l'art. 974 a donné lieu à une question. Qu'entend-on par campagne? Ce mot exclut-il

lais, 1853, part. 2, p. 7). Il faut voir les observations de l'arrêtiste. Il prétend que le moyen, en fait, n'aurait pas dû être admis. J'avoue qu'aucun des juges de la cause ne l'avait aperçu, et les parties elles-mêmes ne s'y étaient pas arrêtées.

non-seulement les villes, mais encore les bourgs, les populations agglomérées d'une certaine importance qui ne sont pas pleine campagne?

L'ordonnance de 1735 (art. 45) exigeait la signature de tous les témoins « dans les villes et bourgs fermés. » On comprendra que le Code ait rejeté cette expression, parce que la plupart des villes et bourgs de la France n'ont ni portes ni murailles. Mais doit-on conclure de l'ordonnance de 1735 que le mot « campagne, » dont la loi nouvelle se sert, soit employé par opposition aux mots « villes et bourgs, » de telle sorte que tout ce qui sera ville ou bourg ne pourra être considéré comme campagne? Dans l'origine on avait paru croire que l'art. 974 avait employé le mot « campagne » par opposition au mot « ville (1). » Cette opinion était beaucoup trop exclusive, et il résulte de l'esprit général de la jurisprudence actuelle, que la loi n'ayant tracé aucune règle pour déterminer quels sont les lieux qui doivent être considérés comme campagne et profiter de l'exception portée par l'art. 974, c'est aux magistrats de déterminer, soit d'après la population du lieu où le testament est reçu, soit d'après d'autres circonstances, si le testament est dans le cas de l'exception (2).

Ces circonstances peuvent être nombreuses. Ainsi on pourrait voir une campagne, au moins dans le sens de l'art. 974 du Code Napoléon, dans un village aggloméré, qui n'aurait ni notaire, ni justice de paix, ni école, ni poste aux lettres, ni aucune de ces industries locales, telles qu'auberges, cafés, boucheries, qui font supposer l'existence de gens sa-

(1) Douai, 1er juin 1812 (*J. Pal.*, 10, p. 434).

(2) Voy. notamment cassat., 10 juin 1817 (Devill., 5, 1, 327). Bordeaux, 7 mars 1827; et sur le pourvoi, cassat., rej., 10 mars 1829 (Devill., 9, 1, 246; *Palais*, 22, 781). Lyon, 29 novembre 1828 (Devill., 9, 2, 163). Grenoble, 12 mars 1832 (Devill., 33, 2, 133).

chant lire et écrire. La loi suppose, en effet, que la localité qu'elle met hors de la règle ordinaire ne permet pas de trouver des témoins aptes à signer. Quand le village, par les conditions où il est placé, à raison du défaut de commerce, d'industrie et d'établissements, n'est pas de ceux où le notaire puisse facilement réunir des témoins sachant signer, la présomption de l'art. 974 se réalise, et l'on ne doit pas hésiter à classer la commune ou le village parmi les lieux de campagne. M. Toullier cite un autre exemple (1) : c'est le cas où un testament aurait été fait dans un lieu dépendant d'une ville, mais à une distance fort éloignée. Nous n'hésitons pas à conclure avec lui que le lieu pourrait être alors considéré comme campagne, quoiqu'en général le hameau, dépendant de la ville, en fasse partie (2).

1595. La signature des témoins est un complément si nécessaire du testament que si le testateur, ayant signé, décédait avant la signature des témoins et du notaire, le testament serait nul. La signature des notaires et des témoins est aussi importante que la date et toutes les mentions voulues par la loi. Or, si le testateur décédait avant ces formalités, bien évidemment le testament serait nul, comme nous l'avons dit ailleurs (3); il doit en être de même dans le cas dont nous parlons. La mort du testateur donne effet au testament lorsqu'il est parfait; mais s'il succombe lorsque l'acte est encore imparfait, il meurt *intestat*. On ne peut achever, après la mort d'un homme, un acte de volonté qu'il a laissé dans un état d'imperfection (4).

(1) T. V, n° 445.

(2) « *Nomen appellativum urbis*, » dit Pothier en paraphrasant la loi 2, D., *De verb. signif.* (*Pandectes*, t. II, p. 321, n° 241), « *si solum sit, muris* » *finitur, etiam quum de his urbibus loquimur quæ suburbia habent ; nomen* » *vero proprium earum urbium, etiam suburbana complectitur.* »

(3) *Supra*, n° 1590.

(4) Toullier, t. V, n° 444, p. 433, dernier alinéa.

1596. La loi n'exige pas que l'acte fasse mention de la cause qui empêche les témoins non signataires de signer, ni de la déclaration qu'ils ont faite de ne savoir ou pouvoir signer.

En cela, le Code n'a pas répété les dispositions de l'ordonnance de 1735, qui exigeait (1) qu'il fût fait mention de la déclaration des témoins de ne savoir signer, dans les cas où cette signature n'était pas effectivement requise (2).

1597. Observons, en terminant, quoique cela rentre dans les idées exposées ci-dessus, que l'omission de quelques lettres dans la signature ne tire pas à conséquence, si d'ailleurs aucun doute n'existe sur l'identité de la personne (3).

ARTICLE 975.

Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

SOMMAIRE.

1598. De certaines incapacités relatives, d'être témoin instrumentaire en droit romain et en droit coutumier.

1599. L'ordonnance de 1735 prononça l'exclusion de tous les légataires comme témoins. — Le Code a adopté cette disposition.

1600. Si les témoins étaient intéressés au testament *ut universi*, le testament serait valable.

1601. L'exécuteur testamentaire non gratifié peut être témoin.

1602. Les parents des personnes intéressées au testament ne sauraient être témoins instrumentaires. — Du droit romain et du droit coutumier sur ce point.

(1) Art. 28, 34, 45.

(2) Merlin, Répert., v° *Signature*. t. XVII, p. 539

(3) *Supra*, n° 1580. Cassat., 24 juillet 1840 (Devill., 41, 1, 79). Cassat. 4 mars 1841 (Devill., 41, 1, 442).

1603. *Quid* des parents et alliés du testateur?

1604. *Quid* du domestique du légataire et du domestique du testateur?

1605. *Quid* des parents et alliés des notaires?

1606. Les clercs des notaire étant compris dans la prohibition, il en est de même *a fortiori* des domestiques des notaires.

1607. La nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé au testament, ne porte-t-elle que sur la disposition relative à ce témoin?

1608. *Quid* si le legs fait au témoin était nul et considéré comme non écrit?

1609. La capacité exigée ici dans les témoins n'est pas applicable aux témoins de l'acte de suscription du testament mystique.

1610. Le notaire ne doit être parent d'aucun des légataires.

1611. Mais que décider s'il était constant que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire? — *Quid* si l'individualité du légataire devait rester incertaine jusqu'au jour du décès?

1612. Le notaire ne pourrait recevoir un testament dans lequel il serait lui-même institué.

1613. Mais il faut pour cela que la disposition dont il s'agit soit faite *in favorem*.

COMMENTAIRE.

1598. Notre article s'occupe de certaines incapacités relatives qui ne permettent pas de prendre pour témoins différentes classes de personnes. Ces personnes sont les légataires et leurs parents, les clercs du notaire chargé de la réception.

La prohibition de notre article à l'égard des légataires est une imitation du droit romain : « *Qui testamento hæres* » *instituitur, in eodem testamento testis esse non potest* (1). »

Mais remarquez que dans le droit romain la prohibition se restreignait à l'héritier institué; quant aux légataires proprement dits, ils pouvaient être témoins d'après la loi

(1) L. 20, D., *Qui test. facere possunt*. Instit., § 10, *De test. ordin*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n° 30.

même que nous venons de citer. Cette décision était fondée sur ce que les légataires n'étaient pas *successores juris* (1), que souvent le testateur aimait à leur donner un legs en récompense de ce qu'ils avaient assisté à son testament, et pour les encourager à déposer sur les faits dont ils avaient été témoins. On ne voulait pas (comme le dit Hilliger) (2) que ce qui avait été fait pour assurer l'exécution du testament tournât à sa destruction.

Mais la plupart des coutumes ne faisaient pas la distinction du droit romain entre les héritiers et les légataires, et prononçaient contre ces derniers la prohibition d'être témoins. D'ailleurs (et cette raison est la principale), comme elles se contentaient d'un nombre de témoins moins considérable que dans le droit romain, il était juste qu'elles fussent plus rigoureuses sur la qualité de ces témoins, et qu'elles exigeassent, avec plus de sévérité, qu'ils fussent exempts de tout reproche et de tout intérêt (3).

1599. Quelques auteurs pensaient, cependant, que rien n'empêchait d'être témoin celui qui recevait un legs modique ; plusieurs arrêts l'avaient ainsi décidé, et la jurisprudence était que cette prohibition ne devait pas être interprétée à la rigueur (4). Mais c'était là un relâchement qui pouvait avoir des inconvénients, et l'art. 43 de l'ordonnance de 1735 fixa ce point de droit en prononçant l'exclusion de tous légataires universels ou particuliers (5).

(1) Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 7, nos 20 *et seq.*

(2) Hilliger, note 14, *sur Doneau, loc. cit.*

(3) La coutume de Paris disait : « Un testament doit être passé en pré-» sence de témoins mâles, idoines, suffisants et *non légataires*. » (Art. 89). *Junge* Vitry, art. 102, ch. 6. Orléans, art. 239.

(4) Ferrières, *sur Paris*, dit que cela se jugeait ainsi sous l'empire de la coutume de Vitry, conforme à celle de Paris. Il cite un arrêt de 1668 et un de 1677.

(5) Pothier, *sur Orléans*. Introd. au tit. 16, § 2, no 14.

C'est ce parti que le Code Napoléon a adopté; moins exigeant que le droit romain sur le nombre des témoins, il devait se montrer plus sévère sur le défaut d'intérêt. Il suit de là que, sous le Code Napoléon comme sous l'ordonnance de 1735, dont il a entendu reproduire la sévérité, lors même que le legs serait modique et purement rémunératoire, lors même qu'il s'adresserait à des témoins ayant une fortune considérable à qui le testateur voudrait se borner à donner un témoignage d'amitié, et qu'il ne pourrait, par conséquent, être présumé avoir une influence quelconque sur l'indépendance de leur esprit, il y aurait nullité, parce que, sous quelque prétexte que ce soit, le légataire ne peut être témoin instrumentaire du testament (1); les termes de notre article sont aussi précis que possible à cet égard.

1600. Remarquons, avec Ricard (2), que si les témoins, sans être intéressés *ut singuli* au testament, y étaient cependant intéressés comme faisant partie d'une communauté (*ut universi*), le testament, dont ils assurent l'authenticité par leur présence, serait valable. Car *quod universitati debetur singulis non debetur* (3).

(1) Cassat., 13 décembre 1847 (Devill., 48, 1, 272. *Palais*, 48, 1, 32). — Il en serait ainsi alors même que le légataire aurait droit, comme héritier *ab intestat*, à une part égale ou même plus forte que celle qui lui est attribuée par le testateur. Amiens, 2 avril 1840 (*J. P.*, 1840, t. II, p. 548). Caen, 15 février 1842 (*J. P.*, 1842, t. II, p. 567). Cassat., 31 mai 1848 (*J. P.*, 1848, t. II, p. 162). Angers, 24 juin 1857 (*J. P.*, 1859, p. 66).

(2) Ricard, part. 1, n° 554. Il cite un arrêt de la grand'chambre, du 3 mars 1654, qui ordonna l'exécution d'un testament reçu par un notaire en présence de témoins de Nogent-le-Rotrou, quoiqu'il contînt un legs universel au profit des habitants de cette ville.

(3) L. 7, § 1, D, *Quod cujuscumque civitatis*. *Junge* Pothier, *loc. cit.* Merlin, Répert., v° *Légataire*, p. 764, col. 2. Liége, 23 juillet 1806 (Devill., 2, 1, 159). Cassat., 11 septembre 1809 (Devill., 3, 1, 107).

Ces arrêts jugent qu'un prêtre peut être témoin dans un testament qui contient des dispositions en faveur de l'église qu'il dessert. En février 1716, le parlement de Paris avait rendu un arrêt semblable.

1601. L'exécuteur testamentaire, désigné par le testateur *ut ministrum* et sans être gratifié, peut, sans difficulté, être témoin instrumentaire; car il ne profite en rien du testament (1).

1602. La loi n'écarte pas seulement ceux qui ont un intérêt personnel au testament; elle écarte encore leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement.

C'est ce que faisait la loi romaine par rapport aux héritiers institués. Elle éloignait les enfants qu'ils avaient sous leur puissance, leur père, lorsqu'ils n'étaient pas émancipés, et leurs frères soumis comme eux à la puissance paternelle (2).

A l'égard des pays coutumiers, il y avait, sur ce point, une grande variété d'opinions. Pothier pensait que même le père du légataire pouvait être témoin (3).

Le Code a fait cesser ce conflit par une disposition qui doit être approuvée.

1603. L'art. 975 ne parle pas des parents et alliés du testateur qui seraient appelés comme témoins au testament. Doit-on les placer sur la même ligne que les parents et alliés du légataire et les déclarer frappés d'incapacité? Le Code ne s'est point prononcé à leur égard; mais la loi de ventôse exclut formellement du droit de concourir aux actes notariés les parents et alliés des parties, et la question est de savoir si cette loi leur est applicable.

Si l'on voulait aller chercher des analogies dans le droit romain, on pourrait dire que ce droit repoussait le témoignage de ceux qui étaient placés sous la puissance du testateur (4). Il en était de même du témoignage de ceux en la

(1) Ricard, *loc. cit.*, n° 554. Pothier *sur Orléans*. Introd. au tit. 16, n° 14. Merlin, Répert., v° *Testament*, p. 400.

(2) Instit., § 10, *De testam. ordin.*

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 1, art. 3, § 3.

(4) Ulpien, l. 20, D., *Qui test. facere possunt.*, l. 6, D., *De testibus*

puissance desquels le testateur se trouvait et de ceux qui étaient avec lui en la puissance d'un père commun (1). Ne faisant avec le testateur qu'une seule et même personne, ils n'avaient qu'un seul et même intérêt (2).

Mais ces notions du droit romain n'ont pas d'application dans cette partie du droit français, où la puissance paternelle n'est plus ce qu'elle était en droit romain (3). Le fils devenu majeur peut être témoin dans le testament de son père, *a fortiori*, le père dans le testament de son fils, l'oncle dans celui du neveu, le neveu dans celui de l'oncle.

Il est vrai que la loi de ventôse dit que les parents ou alliés (jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale) des parties contractantes ne pourront être témoins dans les actes notariés. — Mais ces expressions « des parties contractantes » indiquent que l'art. 10 ne s'applique qu'aux contrats (4).

En effet, le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments ; il définit dans ses différents articles la capacité spéciale des témoins (5). Il ne faut donc pas aller chercher dans la loi de ventôse des dispositions que le Code Napoléon n'a pas voulu s'approprier.

On objecterait vainement que le Code, en gardant le silence, a entendu laisser cette classe de personnes sous la prohibition de la loi de ventôse. Le législateur a si bien reconnu qu'il introduisait dans le Code un droit spécial en dehors de la loi de ventôse, qu'il a cru devoir exclure nommément les clercs des notaires, déjà expressément exclus par la loi de ventôse.

(1) Instit., § 9, *De testam. ordin.* Furgole, *Testam.*, ch. 3, sect. 2, n° 22.

(2) M. Poujol, n° 16, sur l'art. 976.

(3) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XIII, § 2, p. 400.

(4) Merlin, *loc. cit.*

(5) Art. 975, 980.

Enfin, ce qui prouve cette intention du législateur, c'est qu'elle est formellement annoncée dans le rapport présenté par M. Jaubert au Tribunat (1). « Cette loi générale, » disait M. Jaubert, en parlant de la loi de ventôse, « ne peut pas » être invoquée dans la matière des testaments pour les- » quels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux » témoins. »

La jurisprudence n'a pas eu à statuer sur le point de savoir si les parents ou alliés du testateur peuvent être témoins; mais elle a eu plusieurs fois occasion de se prononcer sur l'application de la loi de ventôse à d'autres cas de capacité de témoins testamentaires. C'est ce que nous verrons plus bas dans des espèces auxquelles nous renvoyons (2) et où les raisons que nous venons d'exposer ont fait la base de la décision des tribunaux et des auteurs (3).

1604. Le Code ne s'est point non plus expliqué sur les domestiques des légataires et du testateur. Mais, par les raisons que nous venons de dire (4), l'art. 10 de la loi du 25 ventôse an XI, qui exclut les domestiques des parties, n'est pas applicable ici. On ne trouve rien dans l'ancien droit qui écarte leur témoignage dans les testaments. Si le Code avait voulu les rendre incapables, il s'en serait expliqué, comme il l'a fait pour d'autres personnes, notamment pour les clercs des notaires, ou pour les parents ou alliés des légataires. Mais comme il n'a rien dit à cet égard, il faut en conclure qu'il a entendu les laisser dans le droit commun. Dans une espèce où le domestique de l'un des

(1) Locré, t. XI, p. 466 et 467.

(2) Voy. nos 1610 et 1613.

(3) Voy. Merlin, *loc. cit.* Toullier, t. V, n° 399. M. Duranton, t. IX, n° 116. M. Vazeille, n° 8, sur l'art. 975. M. Coin-Delisle, n° 36, sur l'article 980. M. Dalloz, t. V, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 21. M. Marcadé t. IV, n° 36.

(4) *Supra*. n° 1603.

légataires avait été témoin, la cour de Caen, par un arrêt fortement motivé du 4 décembre 1812 (1), a consacré l'inapplicabilité de la loi de ventôse en cette matière, et c'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation dans un cas où il s'agissait de la capacité d'un domestique du testateur (2).

1605. Il suit de ce que nous avons dit sur les parents et alliés du testateur, qu'on peut admettre comme témoins les parents et alliés du notaire qui reçoit le testament. Cela est d'autant moins douteux que notre article n'établit d'incapacité pour les témoins, relativement au notaire, que dans la personne de ses clercs. Cette opinion, cependant, a rencontré des adversaires parmi ceux-là mêmes qui ne voient aucune difficulté à permettre le témoignage des parents ou alliés du testateur (3). C'est là évidemment une contradiction. M. Duranton prétend la justifier en faisant la distinction suivante : « C'est le Code qui règle les qualités générales » que doivent avoir les témoins appelés aux testaments ; » quant aux qualités personnelles requises dans chaque in- » dividu, abstraction faite de la personne du testateur, » elles sont réglées par la loi du notariat. » Mais cette dis-

(1) Devill., 4, 2, 209. Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, § 2, n° 3, p. 613, col. 2. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 86. M. Dalloz, *Disposit. entre-vifs et testam.*, ch. 6, sect. 4, art. 5, § 4, n° 17. Coin-Delisle, n° 37, sur l'art. 980.

(2) Cassat., ch. des requêtes, 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 865). *Junge* M. Duranton, t. IX, n° 116. M. Poujol, n° 16, sur l'art. 974. M. Coin-Delisle, n° 36, sur l'art. 980. — Du reste, le fait de donner accidentellement son concours à un notaire pour la rédaction des actes ou la surveillance du travail de l'étude ne constitue pas, de la part d'un individu ne se destinant pas au notariat, et exerçant d'ailleurs une profession différente pour laquelle il est imposé, l'exercice des fonctions de clerc dans le sens de l'article 975. Par suite, n'est pas nul le testament reçu dans l'étude, auquel cet individu a figuré comme témoin. Colmar, 4 novembre 1857 (Dalloz, 59, 2, 129). V. aussi Rej. 25 janvier 1858 (Dalloz, 58, 1, 63).

(3) Toullier, t. V, n° 402. M. Duranton, t. IX, n° 115. M. Dalloz, *loc. cit.*, n° 27.

tinction est arbitraire; elle est formellement repoussée par la loi qui exclut les clercs des notaires du droit d'être témoins au testament (1). Or, ne résulte-t-il pas de là que, même dans le cas où le témoin n'a pas de relation avec le testateur, le Code n'a point entendu se reposer sur la loi de ventôse du soin d'établir une prohibition à cet égard ?

1606. Nous venons de voir que notre article ne veut pas que les clercs de notaire soient témoins dans les testaments reçus par l'officier dans l'étude duquel ils sont placés : il ne s'explique pas sur les domestiques du notaire. Néanmoins, il suit de là, par un argument *à fortiori*, qu'il a entendu exclure les domestiques du notaire, qui sont bien plus sous l'autorité et la dépendance de ce dernier. Dans l'ancien droit, d'ailleurs (2), les domestiques du notaire ne pouvaient être témoins. Le Code ne saurait avoir voulu innover à cet égard (3).

1607. On a soutenu que la nullité provenant de la présence d'un témoin intéressé au testament ne tombe pas sur tout le testament, qu'elle ne porte que sur la disposition à laquelle ce témoin est intéressé. Cette opinion n'est pas admissible : aussi a-t-elle été proscrite par la jurisprudence (4); car la forme des actes est indivisible et les nullités qui y touchent sont absolues.

1608. *Quid* si le legs fait à un témoin, et qui rend celui-ci incapable, était nul ou considéré comme non écrit? La

(1) N° 1604.

(2) Ord. de 1735, art. 42. Pothier, *Traité des donat. test.*, ch. 1, art. 3. § 3.

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 8, art. 2, note de la p. 670. Grenier, n° 253. M. Bayle-Mouillard, même numéro, note *sur Grenier*. Toullier, t. V, n° 102. M. Duranton, t. IX, n° 115.

(4) Bordeaux, 14 juillet 1807 (*J. Pal.*, 6, 204). Riom, 26 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 167). Metz, 1er février 1821 (*Palais*, 16, 357). Cassat., 27 novembre 1833 (Devill., 34, 1, 266).

cour de Paris s'est prononcée pour la validité du testament (1). Mais ce ne peut être là qu'une concession faite à la faveur d'un cas particulier. En effet, la prohibition existait au moment de la rédaction du testament, le témoin s'est réellement cru gratifié par ce même testament; dès lors, il n'avait pas le caractère d'impartialité requis par la loi pour assurer l'authenticité de l'acte; ce n'est qu'*ex post facto* que le legs a été reconnu nul, et le testament étant nul dès son origine par défaut d'un témoin désintéressé, il n'a pu devenir valable par la suite.

Partant de là, il faut décider que lorsque le testament renferme un legs à un témoin caché sous l'apparence d'une reconnaissance de dette, il est nul, si au fond c'est une véritable libéralité (2).

1609. Notre article ne s'applique qu'aux témoins dont l'assistance est requise pour les testaments faits par-devant notaire. Il ne régit pas la capacité des témoins de l'acte de suscription du testament mystique (3).

1610. Nous venons de parler, avec notre article, des témoins du testament et de l'incapacité dont ils sont frappés, quand ils sont liés à la validité de cet acte par un intérêt personnel.

Quant au notaire, il reste sous l'empire de la loi constitutive de sa profession, loi qui le suit et le gouverne évidemment quand il reçoit un testament.

Or, cette loi (4) conduit nécessairement à décider qu'il ne saurait être parent d'aucune des personnes gratifiées dans le testament, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (5).

(1) 26 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 335).
(2) Bordeaux, 3 avril 1841 (S., 41, 2, 361).
(3) Voy. *infra*, n° 1633.
(4) Art. 8 et 68 de la loi de ventôse.
(5) Douai, 29 mai 1810 (Devill., 3, 2, 280). Douai, 17 mars 1815 (Devill.,

1611. Mais que devrait-on décider s'il était établi que le notaire ignorait sa parenté avec le légataire, si, par exemple l'individualité du légataire devait être incertaine jusqu'au jour du décès du testateur ? Nous croyons, avec la jurisprudence (1), qu'il serait trop rigoureux, dans un cas pareil, d'appliquer la loi de ventôse et de prononcer la nullité du testament.

Les motifs de la suspicion de la loi s'évanouissent alors. Le notaire a été libre. Il n'a pas été influencé.

1612. Le notaire ne peut être parent d'un légataire : à plus forte raison est-il incapable d'être lui-même institué par le testament qu'il reçoit, il ne saurait être ministre en sa propre cause (2).

1613. Remarquez cependant que le testament qui contient une disposition faite au notaire ne serait nul qu'autant que cette disposition serait faite *in favorem* pour le notaire et constituerait un titre pour lui (3). Ainsi, serait valable le legs d'honoraires dus antérieurement au notaire (4), ou le legs d'une somme d'argent, montant d'un billet dû au notaire, s'il était constant que le créancier n'a été relevé d'aucune déchéance ou prescription, et que le billet par lui représenté n'était attaquable sous aucun rapport (5). En effet, le testament n'est pas le titre du notaire, et la créance de celui-ci n'est pas liée au sort du testament. D'où il suit que

5, 2, 30). Lyon, 29 avril 1825; et sur le pourvoi, Cassat., rej., 20 juin 1827 (Devill., 8, 2, 622). Bourges, 30 juin 1828 (Devill., 9, 2, 104).

(1) Cassat., 15 déc. 1847 (Devill., 48, 1, 550). Cassat., 20 juin 1827 (Devill., 8, 1, 622). Cassat., 31 juill. 1834 (Devill., 34, 1, 452).

(2) Art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI.

(3) L'art. 8 de la loi de ventôse dit : « Qui contiendrait quelque disposition en leur faveur. »

(4) Cassat., 27 mai 1845 (*J. Pal.*, 1845, 2, 547).

(5) Ce dernier point a été ainsi décidé par la cour de cassation, par arrêt du 4 mai 1840, à mon rapport (Devill., 40, 1, 402. *J. Pal.*, 1840, 2, 113).

le rappel de la créance fait dans le testament, n'est pas une de ces dispositions faites en faveur du notaire, dont parle la loi de ventôse an XI. Le but de ce rappel n'est pas de gratifier, mais de faire connaître à l'héritier le passif dont il est chargé.

Article 976.

Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

SOMMAIRE.

1614. Du testament mystique en droit romain. — Des formalités relatives à l'écriture.

1615. Des formalités relatives au nombre des témoins.

1616. De l'acte de suscription, suivant le droit romain.

1617. Les formalités de cet acte devaient s'accomplir *uno contextu*.

1618. Elles étaient prescrites à peine de nullité. — Peu importait que les témoins ignorassent ou non le contenu du testament.

1619. Usage de ce testament dans les pays de droit écrit. — Il est adopté par l'ordonnance de 1735 et par le Code Napoléon. — Division des formalités prescrites par l'art. 976.

1620. 1° De l'écriture intérieure du testament mystique. — De la signature.

1621. Aucune condition particulière n'est exigée de la part de celui qui écrit le testament intérieur.

1622. La mention de la dictée est inutile dans l'acte intérieur.

1623. Il en est de même de la mention de la date.

1624 L'unité de contexte n'est pas exigée non plus pour l'acte intérieur.

1625. Le testateur peut garder le secret de ses dispositions; il se borne à déclarer que l'acte qu'il présente contient sa volonté.

1626. 2° De la clôture et du scel soit sur la feuille intérieure, soit sur l'enveloppe.

1627. Sens des mots *clos* et *scellé*. — L'empreinte du sceau n'est pas nécessaire.

1628. Dans tous les cas, le sceau employé peut n'être pas celui du testateur.

1629. Le testament n'en doit pas moins être clos et scellé, quand l'acte de suscription est sur la même feuille que l'écrit testamentaire.— En quoi le secret n'est pas de l'essence du testament mystique.

1630. *Quid* si l'enveloppe et la clôture sont imparfaites?

1631. 3° Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration. — Conséquence de la déclaration quant à l'écriture du testament, si cette déclaration est en contradiction avec le fait. — Distinction.

1632. Nombre des témoins. — L'exception de l'art. 974 n'est pas applicable ici.

1633. Les héritiers et légataires peuvent être témoins aux actes de suscription des testaments mystiques. — Ils sont légalement inconnus.

1634. Il en est de même de l'écrivain du testament.

1635. La loi ne prononce aucune incapacité contre les témoins du testament mystique relativement au testateur et au notaire.

1636. Celui qui n'entend pas la langue du testateur peut-il être témoin dans un testament mystique?

1637. 4° Acte de suscription. — sens du mot *dresser*, employé dans l'art. 976.

1638. Un notaire peut-il, après avoir écrit comme personne privée un testament qui contient des dispositions en sa faveur, recevoir l'acte de suscription ?

1639. L'acte de suscription doit être écrit sur le papier même ou sur l'enveloppe du testament.

1640. Mentions que doit contenir l'acte de suscription.

1641. Ces mentions, du reste, peuvent résulter d'équipollents. — Exemples quant à la présentation et à la déclaration.

1642. Exemple d'un cas où la présentation a paru suffisamment résulter du contexte de l'acte.

1643. De la mention relative à la clôture et au scel. Il suffit qu'il résulte des circonstances et des faits matériels la preuve que le procès-verbal contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte.— Exemple.

1644. Autre exemple d'un cas où le notaire s'était borné à constater que le testament était scellé.

1645. De la mention de l'écriture par le notaire.

1646. De la mention des signatures du testateur et des témoins.

1647. De la place que cette dernière mention doit occuper dans l'acte.

1648. De la mention de la signature du notaire.

1649. De la mention de la lecture de l'acte de suscription.

1650. De la date.

1651. De l'unité de contexte.

1652. Le testament mystique est un acte authentique.—Conséquences.

1653. Doit-il être passé en minute à peine de nullité?

1654. Le testament nul en la forme mystique peut valoir comme testament olographe.

1655. *A fortiori* si le testateur a énoncé la volonté que son testament valût dans la meilleure forme (*omni meliore modo*).

COMMENTAIRE.

1614. Le testament mystique ou secret (1) est d'origine romaine. C'est lui qui est appelé *solennel* dans les lois du Digeste : les formalités en sont réglées dans divers textes du *Corpus Juris* (2). Adopté par le droit français, le testament mystique est la forme que la loi environne de plus de solennités, parce qu'il s'agit non-seulement de garantir la volonté du testateur, mais encore de constater l'identité de l'écrit qui contient ses dispositions et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription (3).

Dans le droit romain l'écriture était de l'essence du testament mystique ; à la différence du testament nuncupatif, l'écriture faisait partie de la solennité (4). Le testament pouvait être écrit de la main du testateur ou de toute autre personne employée par lui (5). Mais quand l'écriture était de la main d'autrui, il fallait qu'il parût que le testateur l'avait dictée (6), afin que l'on fût sûr que c'était sa volonté et non celle de l'écrivain. Il fallait, de plus, que le testateur signât l'intérieur du testament ; telle était du moins la jurisprudence quand c'était une main étrangère qui avait écrit le testament (7). Mais lorsque l'intérieur était écrit de la main du testateur, il suffisait qu'il signât sur l'enveloppe. Peu importait, du reste, que l'écrivain fût mâle ou femelle (8),

(1) Cujas, *Recit. solemn.* sur le titre du Code *De testam.*

(2) L. 28 et 29, D., *Qui test. facere possunt.* L. *Hac consultissima*, 21, C., *De testam.*, novell. 119, cap. 9. Voy. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n° 39, Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 2, sect. 1, n°s 3 et suiv.

(3) M. Jaubert, *Rapport au Tribunat.* Voy. Locré, t. II, p. 423.

(4) L. 21, *In princip.*, et § 1, C., *De testam.*

(5) L. *ead.*, *eod. titulo.*

(6) L. 2, § 7, D., *De bonor. possess. secund. tab.* L. 28, D., *Qui test. facere poss.* L. 21, C., précitée.

(7) Furgole, *loc. cit.*, n° 4.

(8) L. 6, § 3, et l. 15, § 5, D., *De falsis.*

libre ou esclave (1). Telles étaient les formalités relatives à l'écriture (2).

1615. Cette première opération faite, le testateur devait appeler sept témoins, mâles, pubères, *integri status*, citoyens romains, *de eo rogati*, et sachant écrire puisqu'ils devaient signer (3). On s'est demandé pourquoi le législateur avait exigé la présence de sept témoins. Osuald Hilliger, annotateur de Doneau (4), croit que ce n'est pas le caprice qui fit choisir ce nombre, mais le respect que dans presque tous les temps on a montré pour le nombre sept, qui a une si grande influence dans les périodes de la vie de l'homme, dans les maladies, dans les changements de tempéraments, etc. Si dans le testament *per æs et libram* on n'avait requis que l'assistance de cinq témoins seulement, c'est à cause du caractère politique de cette forme de tester, qui avait été la première en date et qui, se conformant à la division du peuple romain en cinq classes, d'après les institutions de Servius Tullius, exigeait l'assistance de cinq témoins, pour que chaque témoin représentât une classe.

1616. Ces témoins étant réunis, le testateur leur présentait son testament clos et enveloppé (5), et il déclarait que l'écrit contenait ses dernières volontés. Une enveloppe recevait les signatures (6), et cet acte extérieur conservait la foi de l'acte intérieur, suivant l'élégante expression de Paul (7).

(1) L. 28, D., *Qui test. facere poss.*

(2) Doneau, *Comment.*, VI, 7, 2, 3 et suiv.

(3) L. 21, C., *De testam.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 178, n° 39.

(4) *Sur Doneau*, VI, 7, note *b*. Voy. dans notre préface une autre explication de Pothier.

(5) « *Consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam, involutamque proferre scripturam.* » (Justin., l. 21, C, *De testam.*)

(6) « *Offerre signandam et subscribendam.* » (Suétone, *Nero*, 17, loi précitée). Saumaise, *De subscrib. et sign. testam.*

(7) Paul, *Sententiæ*, l. 5, tit. 25, *Ad leg. Corn., testam.*, § 6. Cujas, sur le tit. C., *De testam.*

Le testateur signait s'il savait écrire; sinon on appelait huit témoins qui signaient en son nom. Après quoi les témoins apposaient sur l'enveloppe leurs sceaux et seings (1) suivant cette formule : *Ego Lucius Titius Caii testamentum signavi* (2). Si le testateur avait écrit le testament, il n'était pas nécessaire qu'il le signât sur l'enveloppe. Justinien avait d'abord voulu que le testateur écrivît de sa main le nom de l'héritier institué; mais il abrogea cette formalité (3), et l'empereur Léon (4) retrancha celle des sceaux et seings manuels des témoins. Cet usage, en ce qui concerne le seing manuel ou signature, se maintint longtemps en Occident, par un abus général, fruit de l'ignorance et de l'incurie (5).

1617. Enfin, on devait procéder à toutes ces opérations *uno contextu*, c'est-à-dire dans le même temps; ce qui n'empêchait pas qu'un témoin ne pût sortir un instant pour vaquer à des nécessités naturelles (6).

1618. Toutes ces formalités étaient prescrites à peine de nullité, et le testament ne pouvait valoir comme testament nuncupatif, à moins que le testateur n'eût déclaré sa volonté en présence des témoins (7).

Du reste, le testament mystique était valable, quoique les témoins en ignorassent le contenu (8). C'était même pour cacher sa volonté aux témoins, que le testament mystique

(1) « *Quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus* » *et consignantibus, testamentum valere.* » (Loi 21 précitée).

(2) Paul, *Sententiæ*, l. 5, tit. 25, § 6. Cujas, *loc. cit.*

(3) Novelle 119, ch. 9.

(4) Novelle 42.

(5) Mabillon, *De re diplom.*, 2, 22, 6. Pasquier, *Recherches*, 10, 13. Loyseau, *Offices*, 2, 4, 15. Furgole, t. I, ch. 2, sect. 1, nos 8, 9, 10, 11.

(6) L. 21, § *ultim.*, D., *Qui testam. facere poss.* L. 21, C, *De testam.*, § 3, Instit., *De testam. ordin.* Voy. *infra*, no 1644.

(7) L. 30, C, *De testam.*

(8) L. 21, C., *De testam.*

était préféré et offrait au testateur une forme commode (1).

1619. Les pays coutumiers n'adoptèrent pas l'usage du testament solennel ou mystique (2); mais il était pratiqué dans toutes les provinces du droit écrit. L'ordonnance de 1735 en règle les formalités en s'appuyant sur les lois romaines (3), et le Code Napoléon a suivi de très-près cette ordonnance.

Nous allons passer en revue les formalités prescrites par notre article et qui peuvent se diviser ainsi :

1° Écriture intérieure;

2° Clôture et scel;

3° Présentation aux témoins et au notaire avec déclaration;

4° Acte de suscription ;

5° Unité de temps et de lieu.

1620. Le testateur doit écrire lui-mêmeses dernières dispositions et les signer; s'il ne veut ou ne peut les écrire lui-même, il peut les faire écrire par une tierce personne et les signer. Cependant la signature du testateur n'est pas obligatoire à peine de nullité. C'est ce qui résulte de l'article suivant, qui prévoit le cas où le testament n'est pas signé, et exige alors un témoin de plus. De là il suit qu'un individu qui ne sait ni écrire, ni signer, peut valablement faire un testament mystique.

1621. La personne que le testateur charge d'écrire ses dispositions n'a pas besoin d'être une personne publique; la loi n'en impose nulle part l'obligation. Il peut se servir d'une main privée, suivant qu'il le juge convenable, et l'écrivain peut être mâle ou femme; ou de quelque condition que

(1) Cujas, sur le tit. C , *De testam.*

(2) Chabrol *sur la cout. d'Auvergne*, 12, 48.

(3) Art. 8, 9, 10, 11 et 12.

ce soit (1), même légataire intéressé au testament (2).

1622. Il n'est pas nécessaire non plus que l'écrit intérieur porte que c'est le testateur qui l'a dicté lorsqu'il a employé une main étrangère. La déclaration qu'il fait aux témoins que c'est son testament, supplée à cette énonciation, et assure que cet écrit contient les volontés du disposant (3).

1623. Le Code Napoléon n'exige pas que cet écrit intérieur soit daté ; en quoi il s'écarte de l'ordonnance de 1735 qui exigeait la date (4). Ce serait donc vainement qu'on se fonderait sur l'omission de la date pour demander, sous la loi actuelle, la nullité du testament (5).

1624. Comme cet écrit est un acte absolument séparé de la suscription, il suit que cette dernière formalité peut n'avoir lieu que plusieurs jours après. Ce n'est pas à l'opération de l'écriture intérieure que s'applique la disposition de la loi qui exige que les choses se fassent *uno contextu*.

1625. L'écriture des dispositions est secrète dans le testament mystique. Le testateur ne révèle pas ses intentions au notaire et aux témoins; il opère loin des regards curieux (6). La seule chose qu'il doit faire connaître, c'est qu'il a fait un testament et que l'écrit qu'il présente contient sa

(1) L. 21, C., *De testam.*

(2) Grenier, *Donat.* et *Testam.*, nº 268, t. II, p. 548. Toullier, t. V, nº 465.

(3) Lorsque le testateur se sert d'une main étrangère, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit qu'il a lu l'écriture; mais s'il résultait clairement du testament qu'il ne l'a pas lu, il y aurait nullité. Voy. *infra*, nºs 1659 et suivants.

(4) Art. 38.

(5) Nîmes, 3 juin 1807 et sur le pourvoi, C. cassat., rej., 14 mars 1809 (Devill., 3, 1, 35). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, *Jurisp. g.*, t. VI, p. 19). Merlin, Répert., vº *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 3, nº 10, p. 700. Toullier, t. V, nº 475, p. 457.

(6) « *Hoc primum tenendum est; non est necesse testes ea scire quæ in testamento scripta sunt.* » (Doneau, *Comment.*, lib. 6, cap. 8, nº 1).

volonté (1). C'est pour cela qu'ainsi que nous le disions tout à l'heure (2), il n'a besoin du concours d'aucune personne participant à la puissance publique pour coucher par écrit les dispositions qu'il fait de son patrimoine.

1626. Lorsque le testateur a écrit ses dispositions, il doit clore d'abord et ensuite sceller l'écrit qui les contient, ou bien il peut se servir d'une enveloppe; mais alors cette enveloppe contenant l'écriture intérieure doit d'abord être close et ensuite scellée. Le Code en ceci a dérogé à l'ordonnance de 1735 (3), qui exigeait que, lors même qu'on se servait d'enveloppe, la feuille intérieure contenant l'écrit du testateur fût close et scellée; ce qui est inutile aujourd'hui.

1627. Mais qu'est-ce le scellement ajouté à la clôture et dont notre texte, d'accord avec l'ordonnance, fait une condition de l'accomplissement des formalités du testament? Est-il nécessaire pour sceller le testament que le testateur imprime sur la cire, ou le pain à chanter dont il se sert, un cachet, un sceau, une marque gravée qui laisse des traces? La rigueur avec laquelle certains auteurs ont interprété le sens du mot sceller, nous fait un devoir d'examiner cette question avec quelques détails, afin de nous préserver d'une minutie inutile qui fait dépendre la volonté des mourants d'observances capricieuses, étroites et frivoles.

D'après la législation de Justinien, il n'était pas nécessaire que le testateur présentât son écrit scellé ; il suffisait qu'il fût fermé et enveloppé (4). Ce n'était pas assez, parce que la clôture n'est pas toujours suffisante pour préserver le testament des regards indiscrets. Si, par exemple, le testament n'était

(1) « *Sed sufficit scripturam testamenti etiam clausam et involutam,* » *atque adeo consignatam et ligatam proferre.* » (Doneau, *loc. cit.*)

(2) Voy. *supra*, n° 1621.

(3) Art. 9 de l'ord. de 1735.

(4) *Supra*, n° 1611. L. 12, C., *De testam.*

clos qu'avec des fils, des rubans ou des épingles, il serait facile pour un tiers de l'ouvrir et d'en prendre une connaissance qui répugne à l'essence du testament mystique. L'ordonnance de 1735 et, après elle, le Code Napoléon ont donc eu raison d'exiger que le testament soit tout à la fois clos et scellé, de sorte qu'on ne puisse l'ouvrir sans déchirure. Mais ni l'ordonnance ni le Code n'ont prescrit une forme particulière pour opérer ce scellement; il suffit que, d'après l'état matériel de la pièce, la clôture en soit faite avec les précautions qui protégent le secret des écrits et ne permettent pas de les ouvrir sans les briser. Si donc les rubans sont liés et retenus par de la cire, si les bouts du papier sont rapprochés et unis par une matière servant à sceller, telle que cire, pains, colle forte, etc., etc., le vœu de la loi est satisfait, et il y aurait une sévérité déraisonnable à prétendre que toutes ces précautions seront vaines, si la cire, les pains à chanter, la colle forte, etc., ne restent pas gravés par un sceau laissant des traces apparentes.

Pour arriver à une solution contraire, on prend le mot « scellé » corps à corps, et l'on dit d'abord que sceller signifie marquer avec un sceau et ensuite qu'un sceau est un morceau de métal de figure ronde ou ovale, qui laisse une empreinte sur les matières molles auxquelles il est appliqué (1).

Si nous étions à Rome, en présence des Romains, nous ne ferions pas de difficulté de donner à cette argumentation étymologique beaucoup d'autorité; mais en France elle n'en a aucune et l'on prête à la loi une pensée qu'elle n'a pas eue.

Il est certain qu'à Rome, l'usage des sceaux (*signum, sigillum, signaculum*) (2) était général. Les citoyens romains

(1) Dictionnaire de Trévoux, v° *Sceau*.

(2) Saumaise : « *Signum certe est quod impresso annulo in cera expri-* » *mitur*. » (*De subscribendis et signandis testamentis*, p. 161, 162).

étaient dans l'habitude de sceller leurs lettres avec des anneaux portant un emblème, une marque, un signe distinctif, de sorte qu'il n'y avait *consignatio* ou *obsignatio* qu'autant que la cire était marquée d'un sceau : *dum tamen habeat formam insculptamque signis imaginem* (1). Chaque citoyen avait un anneau qu'on appelait *annulus signatorum* (2) et le don de cet anneau était la marque d'une affection spéciale qu'on offrait quelquefois en mourant à un ami (3).

Souvent, au lieu de signer par un seing manuel, on se bornait à apposer son sceau (4). L'apposition du sceau se retrouve à chaque instant dans les actes de la vie civile (5).

En France, aussi, l'usage des sceaux fut pendant longtemps en vigueur, et le sceau remplaça non-seulement la signature des témoins, mais encore celle des parties et du notaire. Cette coutume, qui s'observa pendant plus de cinq siècles, dura jusqu'à François Ier (6).

Mais la pratique contraire est tellement dominante aujourd'hui, qu'il n'est plus possible d'argumenter sans danger de ces antécédents. Les mots ont d'ailleurs changé de sens et perdu leur précision. Les prendre à la lettre, c'est prendre des choses tombées en désuétude pour des réalités. Et d'abord, le mot sceau ne s'applique plus depuis longtemps aux cachets

(1) Ulpien, l. 22, § 5, D, *Qui testam. facere possunt.* Justinien, *Institutes, De testam. ordin.*, § 5. L. 21, C., *De testam.*

(2) Paul, l. 74, D., *De verborum signif.* Ulpien, l. 25, § 10, D., *De auro, argento legatis.* Valère-Maxime, l. 8, c. 14, § 4.

(3) Valère-Maxime, l. 7, c. 8, §§ 5, 8, 9.

(4) Salluste, *Catilin.* 47 : « *Perlectis litteris, quum prius omnes sua signa* » *cognovissent.* » Ovide, l. 1, *Trist. eleg.*, V, vers. 7 : « . . . *Positis pro no-* » *mine signis.* » Suétone, *August.* 33 : « . . . *Ignosceretur iis quos fraude* » *ad signandum vel errore inductos constitisset.* »

(5) Voy. la dissertation de Loyseau sur les *Sceaux, Offices*, l. 2, ch. 4. Paul, *Sentent.*, l. 5, tit. 25, § 6. L. 22, § 5, D., *Qui test. facere poss.* Ulpien, l. 1, § 36, D., *Depositi.* Ulpien, l. 11, § 3, D., *Locati.*

(6) Furgole, *Testam.*, t. 1, ch. 2, sect. 1, no 11.

des particuliers (1) : « Les cachets, dit le dictionnaire de Tré-
» voux (2), diffèrent des sceaux, en ce que les sceaux sont
» pour les affaires publiques ou qui regardent le public, et
» les cachets ne sont que pour les affaires des particuliers
» entre eux, comme lettres. » On dit le sceau de l'État, le sceau de tel ministère; mais un particulier n'a pas de sceau. Comment donc le mot « scellé » employé par le Code Napoléon et appliqué à un particulier pourrait-il se rapporter à une chose qui n'est plus dans le domaine privé ? De là il suit que ce mot ne doit plus être entendu (au moins dans la matière qui nous occupe ici) dans le sens étymologique ; il ne peut pas signifier strictement l'apposition d'un signe ou sceau. Il a une acception plus large. Il veut dire une manière d'unir deux parties avec des précautions telles qu'il faille aller jusqu'au bris pour les séparer.

C'est pourquoi l'on dit très-justement qu'on scelle une bouteille, une fiole, quand on la bouche avec du mastic (3), sans qu'il y ait un signe apparent. Voilà quelle est la vérité, sans subtilité et sans anachronisme!

Déjà, en 1735, quand l'ordonnance de Louis XV sur les testaments emploie le mot scellé, il ne semble plus qu'il ait le sens rigoureux du mot *signatio, obsignatio* des Romains. L'art. 9 de cette ordonnance se borne à dire d'une manière générale, et sans rien spécifier de sacramentel ou d'obligatoire dans l'exécution, que le papier sera clos et scellé « avec les précautions en tel cas requises et accoutumées; » c'est pourquoi, les commentateurs n'insistent pas le moins du monde sur la nécessité d'une apposition d'empreinte et ne paraissent préoccupés que du point véritablement capital, qui consiste à savoir si le testament sera suffisamment en sûreté.

(1) Loyseau, *Offices*, l. 2, ch. 4, nos 10 et 16.
(2) Vo *Cachet*.
(3) Trévoux, vo *Sceller*.

Ainsi, Bergier dit (1) : « Il n'y aurait point d'inconvénient » de fermer le papier qui contient le testament dans une en- » veloppe fermée par un seul cachet, dans la forme de l'en- » veloppe ordinaire des lettres; ce qui est uniquement es- » sentiel, c'est que l'enveloppe soit close et scellée, de » manière qu'on ne puisse pas, sans la briser ou altérer » le cachet, en retirer le testament et y en substituer un » autre..... »

René Aimar (2) dit, dans le même sens, qu'un testament qui serait seulement clos et qui ne serait pas cacheté, ne serait pas en sûreté, parce qu'il serait aisé d'y faire des altérations, par la facilité qu'on aurait de l'ouvrir et de le clore.

Furgole énonce ainsi son avis sur la question (3) : « Comme » l'ordonnance ne prescrit point la forme en laquelle l'en- » veloppe doit être close et scellée, il y a lieu de croire qu'il » suffirait qu'elle fût cachetée avec de la cire d'Espagne ou » du pain à chanter, sans qu'il soit besoin qu'elle soit en- » trelacée d'un ruban ou d'un fil. »

Et ailleurs (4), Furgole dit encore qu'il suffit qu'en fermant le papier, ou en le couvrant d'une enveloppe, on prenne les précautions requises et accoutumées, afin qu'on ne puisse pas substituer un autre écrit à la place de celui qui contient la véritable volonté du testateur.

Quant aux précautions dont il est question ici, Sallé (5) s'explique ainsi : « La précaution la plus ordinaire est de » passer un fil pour joindre le papier où le testament est

(1) Bergier *sur Ricard*, t. I, p. 412.
(2) *Explic. de l'ord. de* 1735, sur l'art. 9.
(3) *Testam.*. ch. 2, sect. 3, no 23.
(4) *Loc. cit.*, n° 22.
(5) *Esprit des ord. de Louis XV*, sur l'art. 9 de 1735.

» écrit, et de mettre les cachets sur les endroits où passe » le fil (1)..... »

On voit que ces auteurs paraissent employer de préférence les mots « cachet » et « cacheté, » aux mots « sceau » et « scellé. » Or, ces mots « cachet et cacheté », dans la langue usuelle, n'impliquent pas nécessairement l'idée d'une empreinte. Quelque définition que les dictionnaires puissent donner de ces mots (2), il sera toujours certain qu'une lettre fermée avec de la cire ou avec du pain à cacheter sera pour tout le monde une lettre cachetée, bien que l'on n'y ait apposé aucune empreinte, et qu'il faudra, pour prendre connaissance de son contenu, décacheter la lettre.

On comprend dès lors que si, sous l'empire de l'ordonnance, le mot « scellé » ne devait pas forcément être pris dans le sens d'empreinte, on ne saurait se montrer plus rigoureux sous le Code Napoléon.

Dira-t-on que le mot « scellé » ainsi entendu n'ajoute rien au mot « clos » qui le précède, et qu'il n'est plus qu'une rédondance inutile? Comme nous le disions ci-dessus, une chose peut être close sans être scellée. Ainsi une porte est close, elle n'est pas scellée pour cela. On pourra l'ouvrir, parce qu'elle n'est que close. Mais scellez-la, c'est-à-dire assujettissez la clôture de cette porte avec de la cire, même sans y apposer d'empreinte, vous ne pourrez plus ouvrir la porte sans altérer le scellé. On peut en dire autant d'une boîte qui peut être close sans être scellée. Clos et scellé sont donc deux expressions différentes. Lors même que sceller ne signifie pas appliquer une empreinte, il dit toujours beaucoup plus que clore.

(1) La même précaution est indiquée dans Suétone, *Vie de Néron*, § 17 : « *Adversus falsarios tunc primum repertum ne tabulæ, nisi pertusæ, ac ter » lino per foramina trajecto, obsignarentur.* » Voy. aussi, sur cette précaution, l. 1, § *ultim.*, D., *De Lonor. pos. ess. secund. tabulas.*

(2) Trévoux, v° *Cachet*.

On insiste cependant, et l'on trouve que l'absence d'empreinte sur la cire sera un défaut de garantie pour la sécurité du testament. On prétend qu'il sera possible, notamment en faisant fondre la cire apposée sur l'enveloppe, de pénétrer jusqu'au testament intérieur, de s'en emparer, d'y faire des changements, de le remettre et de rétablir ensuite une clôture de cire. Mais si cela paraît possible, qui garantira qu'il n'en sera pas de même dans le cas où il y aura une empreinte sur l'enveloppe? Est-ce la difficulté de rétablir l'empreinte? Assurément cette difficulté serait sérieuse, si la loi avait exigé d'abord qu'on se servît d'un sceau particulier et défini portant une empreinte, ou si l'acte de suscription devait contenir une description de la clôture et du scellement. Mais en l'absence de toute disposition à cet égard, qui empêchera celui qui aura été assez hardi pour ouvrir le testament mystique de remplacer l'empreinte effacée ou fondue par une autre empreinte quelconque, puisqu'il n'aura point à redouter la comparaison de son empreinte avec une description qui n'aura pas été faite de l'empreinte précédente, et que celle-ci, d'ailleurs, n'aura laissé que des souvenirs fugitifs dans la mémoire des témoins, en supposant qu'ils aient survécu au testateur.

Ce silence de la loi est une preuve de plus, et une preuve irréfutable que par le mot « scellé » elle n'a pu vouloir exiger une empreinte.

Je sais que les arrêts n'ont pas toujours interprété notre article avec l'équité qui nous sert de règle. Il y a des exemples d'une sévérité outrée, dans des arrêts des cours de Douai et de Bruxelles (1). Mais nous ne sommes pas ébranlé par ces décisions, intervenues d'ailleurs à une époque ancienne où la jurisprudence inclinait à des rigueurs aujourd'hui abandonnées. Il nous suffira de rappeler l'arrêt de la chambre

(1) Bruxelles, 18 février 1818 (Dalloz, *J. G.*, t. VI. p. 16).

des requêtes du 7 août 1810 (1), qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de Douai :

« Attendu que l'article 976, exigeant la clôture et le scel » du testament, la cour de Douai a pu trouver que ces formes » n'avaient pas été observées par une simple clôture sans » apposition d'aucun sceau ou cachet,... etc. »

Ces expressions sont très-significatives par leur réserve. Elles indiquent que, dans la pensée de la cour suprême, la cour d'appel n'a fait que résoudre une question de fait. Et il est à présumer que, dans le cas d'une solution contraire, la cour de cassation aurait également rejeté le pourvoi par les mêmes motifs.

Veut-on savoir jusqu'à quelle conclusion outrée on est entraîné par les idées qui ont présidé aux arrêts des cours de Douai et de Bruxelles? Dans une espèce jugée par la cour d'Angers, le 19 février 1824 (2), on mettait en question la validité d'un testament mystique, parce que sur quatre cachets que portait l'enveloppe du testament, un seul, placé dans un coin, portait une empreinte; et l'on soutenait que puisque les autres cachets n'étaient pas timbrés d'un sceau, la pièce n'était pas scellée dans le sens de l'article 976. On raisonnait peut-être logiquement dans cet ordre d'idées si exagéré, en prenant pour base la doctrine que nous réfutons; mais on était certainement dans le faux, en prenant pour guide le bon sens et la vérité; car aux yeux de tout le monde, un tel testament était scellé d'une manière complète. Aussi la cour d'Angers s'est-elle prononcée pour la validité du testament. Entre autres motifs donnés par son arrêt, on doit remarquer celui-ci, qui résume à nos yeux la pensée de l'article 976, c'est « que la loi s'en est rapportée à la pru-

(1) Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 3, 1, 226).
(2) Devill., 24, 2, 164.

» dence et à l'intérêt du disposant, puisqu'elle n'a rien » spécifié. »

Nous terminerons par une observation. L'impression d'un sceau sur l'enveloppe est si peu la garantie exigée par la loi en cette matière, qu'il est possible que la clôture faite avec l'addition d'un timbre et d'un sceau permette de retirer le testament de son enveloppe, ainsi qu'on peut l'inférer d'une espèce rapportée par Bergier (1), et jugée par arrêt du parlement de Paris du 12 février 1779. Dans cette espèce, la cire empreinte du sceau ordinaire de la testatrice avait été posée sur la feuille extérieure servant d'enveloppe avec si peu de précaution, qu'on aurait pu retirer le testament, s'il n'eût été attaché à cette même enveloppe par une cire intérieure. C'est cette circonstance qui détermina le parlement à décider que le testament était valablement clos et scellé, par la raison qu'il n'avait pu être séparé du papier qui l'enveloppait sans rupture (2). Mais supposez qu'il n'y eût pas eu de cire intérieure pour rendre le testament inséparable de l'enveloppe; supposez que l'enveloppe roulée autour de la pièce ne fût fermée que par un cachet extérieur, il est évident que, dans le système que nous réfutons, le testament aurait été clos, puisqu'il aurait été enveloppé et que de plus il aurait été scellé, puisque la cire aurait reçu l'empreinte d'un

(1) *Sur Ricard*, t. I, p. 412.

(2) Un arrêt de la cour de Colmar, du 20 janvier 1824 (Dalloz, *op. cit.*, t. VI, p. 20), a jugé de même dans une espèce analogue. On prétendait que, malgré les trois cachets portant empreinte qui scellaient l'enveloppe d'un testament mystique, il était possible, avec quelque dextérité, de rabattre l'un des angles non scellés de l'enveloppe, de retirer la disposition du testateur et d'en substituer une autre. Le tribunal d'Altkirch avait admis qu'il y avait là une fermeture imparfaite et lâche, quoique scellée, qui devait annuler le testament. Mais, sur l'appel, la cour de Colmar déclara, entre autres choses, qu'en fait, la soustraction du testament pouvait laisser des traces, surtout à cause de l'épaisseur du papier timbré, et elle valida le testament (V. *infra*, n° 163).

sceau. Mais s'il y a quelque chose d'évident, c'est que cette clôture et ce scel n'auraient pas répondu aux exigences de la loi, et que le testament n'aurait pas été scellé. Sans doute il aurait porté le sceau de la testatrice; mais ce n'est pas là ce qui préoccupe le législateur ; il veut, dans sa sagesse, que le testament ne soit considéré comme scellé que lorsqu'on ne peut l'ouvrir sans fracture ni déchirure. Voilà pourquoi nous soutenons que le mot scellé ne doit pas être entendu comme synonyme de ce qui est empreint d'un sceau ; il a un sens plus général ; il a pour but d'assurer d'une manière quelconque l'identité et le secret du testament ; et, toutes les fois que l'identité et le secret du testament paraîtront, par la réunion des deux conditions, clôture et scel, n'avoir reçu aucune atteinte, le juge ne pourra s'empêcher de reconnaître la validité du testament. Il n'aura pas à se préoccuper s'il y a ou non défaut d'empreinte (1).

1628. Après ce que nous venons de dire sur le sens du mot scellé, nous n'avons point besoin d'ajouter que si le testateur s'est servi d'un sceau, il importera peu que son sceau soit son propre sceau ou le sceau d'un tiers. En droit romain même on le décidait ainsi : les témoins qui apposaient leur sceau sur le testament solennel pouvaient se servir du même anneau (2). Aussi, ni la doctrine (3),

(1) Voy., sur cette question, l'opinion conforme de MM. Maleville, *Analyse raisonnée du C. N.*, t. II, p. 450. Grenier, 1re et 2e édit. *Des donat.*, n° 261. Vazeille, n° 4, sur l'art. 976. Coin-Delisle, sur l'art. 976. Voy. *contra*, Delvincourt, note 3, sur la p. 85. Favart de Langlade, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 4. Merlin, Répert., v° *Testament*, 17, sect. 2, § 3, art. 3, n° 14, 3°. Toullier, t. V, n° 463. M. Duranton, t. IX, n° 124. M. Poujol, n° 5, sur l'art. 976 M. Marcadé, t. IV, n° 43. Grenier, 3e édit., *Des donat.*, n° 261 *bis*. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 261 *bis*.

(2) L. 22, § 2, D., *Qui testam. facere possunt*. Instit., t. *De testam. ordin.*, § 5.

(3) Merlin, *loc. cit.*, n° 14, 6°, p. 734. Favard de Langlade, Répert..

ni la jurisprudence (1) n'ont essayé de contester ce point.

1629. Furgole (2), qui a traité avec beaucoup de détails toute cette matière, pense que lorsque l'acte de suscription n'est pas dressé sur une enveloppe, mais sur la feuille même où le testament a été écrit, de manière qu'il n'y ait à craindre aucune substitution, le testament n'en serait pas moins bon, quoiqu'il ne fût ni clos ni scellé. « Car, dit-il, le secret n'est » pas de l'essence du testament, et il importe peu qu'on » puisse en faire la lecture ou non. » Mais cette opinion, que son auteur n'appuie que sur la loi *Hac consultissima* (3), n'est pas soutenable (4), en présence du texte de l'ordonnance de 1735 et du Code Napoléon qui, comme nous l'avons vu ci-dessus (5), exigent un redoublement de précautions pour préserver le testament d'une ouverture forcée. Furgole se place d'ailleurs sur un terrain qui n'est pas le véritable. En effet, ce n'est pas seulement la substitution d'un testament à un autre que la loi a redoutée ; ce sont encore tous les changements ou altérations qu'une main étrangère pourrait facilement y faire, s'il n'était pas clos et scellé. L'écriture intérieure n'étant revêtue d'aucune formalité, et pouvant même n'être pas de la main du testateur, c'est l'acte de suscription qui lui sert de garantie. Il importe donc beau-

v° *Testam.*, sect. 4, n° 4. M. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 29, sur l'art. 976.

(1) Cassat., rej., 8 février 1820 (Devill., 6, 1, 181). Bruxelles, 16 février 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 17). Colmar, 20 janvier 1824 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 19).

(2) Furgole, *loc. cit.*, ch. 2, sect. 3, n° 23.

(3) L. 21, C.. *De testam.*

(4) Grenier, *loc. cit.*, n° 262. Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 727. Toullier, t. V, n° 469. M. Duranton, t. IX, n° 124. M. Dalloz, J. G., t. VI, n° 3, p. 15. M. Coin-Delisle, n° 30, sur l'art. 976, p. 399.

(5) N° 1621.

coup qu'après l'accomplissement de cette formalité, elle ne puisse recevoir aucun changement.

Du reste, ce que dit Furgole, que le secret n'est pas de l'essence du testament mystique; est très-exact en ce sens que le testateur, en le présentant à la suscription, pourra déclarer ou lire à haute voix les dispositions qu'il contient; la loi ne le lui défend pas, ce secret ayant été introduit en sa faveur (1). Mais une fois que le testament est enfermé sous son enveloppe et sous ses cachets, il n'est pas permis de l'en retirer; il doit y rester fermé à tous les regards.

1630. Lorsque l'enveloppe et le cachet sont imparfaits, et qu'une substitution ou une altération du testament a été possible, on n'est plus obligé de reconnaître pour les vraies dispositions du défunt le papier qui se trouve sous cette enveloppe irrégulière; en un mot, il n'y a plus de testament (2).

En effet, on peut substituer un papier à un autre; un faussaire abusant d'un blanc seing peut avoir mis un écrit forgé par lui à place de la véritable volonté du testateur. Il peut même avoir fait des additions, des changements; il n'y a plus de certitude que l'acte représenté contient le *supremum defuncti judicium* (3).

Mais si, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus l'enveloppe et la clôture, quoique imparfaites, étaient cependant telles qu'on ne pût retirer le testament qu'en altérant les cachets et le papier, le testament serait en vain argué de nullité (4).

1631. Lorsque le testament est clos et scellé, le testateur

(1) Merlin, *loc. cit.*, nº 9, p. 714. Delvincourt, note 2, sur la p. 306. Toullier, t. V, nº 470. M. Vazeille, nº 8, sur l'art. 976.

(2) Furgole, *loc. cit.*, nº 22.

(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) Voy. *supra*, l'arrêt du parlement, du 12 février 1779, cité au nº 1627.

le présente au notaire et aux témoins ; et s'il ne l'est point encore, il le scelle en leur présence. Il doit alors leur déclarer que le contenu du papier présenté est son testament écrit et signé par lui, ou écrit partie par lui, partie par un autre (1), ou écrit par un autre et non signé de lui, faute d'avoir pu ou su, suivant les circonstances. Ces prescriptions sont très-importantes ; ce sont elles qui assurent l'identité de l'écrit qui renferme les suprêmes dispositions (2). Si donc le testateur ayant déclaré qu'il a écrit lui-même son testament, on ne trouvait, après sa mort, sous le cachet qu'un testament écrit par une main étrangère, la justice serait forcée de reconnaître qu'il s'est trompé et que le testament produit n'est pas celui qu'il avait eu l'intention de présenter.

Toutefois il ne faudrait pas entendre ces propositions sans ménagement. Supposons que le testateur ait déclaré avoir fait écrire son testament par un autre, et qu'on trouve cependant, dans ce testament, quelque lignes écrites de sa main : il est probable, en général et à moins de présomptions contraires, que sa déclaration a été incomplète plutôt qu'erronée, et on ne doit pas s'en faire un argument contre la validité du testament (3). Il est vrai qu'une exactitude scrupuleuse faisait au testateur une loi de déclarer qu'il y avait mélange d'écriture ; mais il n'est pas défendu aux magistrats de tenir compte d'un oubli involontaire, surtout quand l'essence du testament n'en est pas altérée.

Au surplus, on consultera les circonstances ; elles ont ici une grande autorité. On fera une grande différence entre le

(1) Cour de Lyon, 26 janvier 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12).

(2) « ... *Ita ut interiori scripturæ fidem servat exterior scriptura, ut elegantier ait Paulus.* » (L. 5, *Sentent.*, *Ad leg.*, C., *Testam.*, tit. 25, § 6). Cujas, Ad. tit. *De testam.*, au C de.

(3) Toulouse, 2 août 1810. Cassat., rej., sect. civ., 12 mai 1812 (Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3. art. 3, n° 28, p. 742).

cas où c'est le testateur qui aura ajouté quelque chose à l'écriture d'autrui, et celui où c'est une main étrangère qui ajoute quelque chose à l'écriture du testateur. Ce deuxième cas comporte moins d'indulgence que le premier (1), et l'on devrait surtout être circonspect et défiant, si quelque imperfection se remarquait dans la clôture de l'enveloppe.

1632. Les témoins auxquels le testament est présenté, et devant lesquels a lieu la déclaration du testateur, doivent être, non plus quatre comme dans le testament par acte public, mais au nombre de six, réunissant les qualités voulues par la loi sur le notariat (2) et par l'art. 980 du Code Napoléon.

Ils devront tous savoir signer; car l'exception portée par l'art. 974 (3), pour le cas où le testament est fait à la campagne, n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs écrits. L'ordre des articles du Code prouve assez que cet article n'a point été fait pour le testament mystique. Aussi M. Maleville, qui a soutenu l'opinion contraire (4), a-t-il été combattu par tous les auteurs, sans exception (5). La jurisprudence, non plus, n'hésite pas sur ce point (6). Il est pourtant

(1) Arrêt de la cour de Lyon, du 26 janvier 1822, qui prononce la nullité d'un testament que, dans l'acte de suscription, le testateur avait déclaré avoir écrit de sa main, et dont une partie fut reconnue avoir été écrite par une main étrangère (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 12; et Merlin, Repert, v° *Testament*, t. XVII, *loc. cit.*, p. 742).

(2) 25 ventôse an XI.

(3) Voy. *supra*, n° 1593.

(4) Maleville, *Analyse rais. du C. Nap.*, sur l'art. 976

(5) Grenier, *loc. cit.*, n° 274. Merlin, Répert., v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n° 3, 23°. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 10. Delvincourt, note 9, sur la p. 85. Toullier, t. V, n° 483. MM. Duranton, t. IX, n° 144. Poujol, n° 9, sur l'art. 976. Vazeille, n° 20, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art. 980. Marcadé, t. IV, n° 51.

(6) Liége, 29 mai 1806 (Devill., 2, 2, 149). Liége, 29 mai 1808 (Devill., 2, 2, 395). Bordeaux, 12 avr. 1808 (Devill. 2, 2, 377). Cassat. rej., 20 juillet, 1809 (Devill. 3, 1, 87). Pau, 19 décembre 1829. (Devill., 9, 2, 363).

difficile, au premier coup d'œil, d'apercevoir une raison de la différence qu'établissent ici les textes entre le testament par acte public et le testament mystique. Dans le testament mystique il suffit aux témoins d'avoir des yeux et des oreilles, pour attester que tel homme a remis tel papier qu'il a dit être son testament. Au contraire, dans le testament nuncupatif, il faut assez de lumières pour distinguer la nature des dispositions du testateur, la quotité dont il dispose, les personnes qu'il gratifie, pour comparer par la pensée ce qui a été écrit avec ce qui a été dicté. Pourquoi la moitié des témoins sachant signer est-elle suffisante dans le testament par acte public? Pourquoi ne l'est-elle pas dans le testament mystique, dont les opérations sont moins compliquées pour le témoin?

Mais il faut répondre que le motif qui a fait exiger dans le testament mystique un plus grand nombre de témoins que dans le testament par acte public, conduit logiquement à être plus exigeant dans le premier que dans le second, sur les conditions que ces deux espèces de témoins doivent remplir. Dans le testament par acte public, la dictée solennelle est une haute garantie de la spontanéité de la volonté du testateur; et la présence du notaire qui entend cette dictée, entouré des témoins, et qui constate avec l'autorité qui lui appartient ce qui a été dit, est pour le législateur une raison de confiance qui lui a permis de diminuer le nombre des témoins et de se passer de la signature de quelques-uns d'entre eux. Mais le testament mystique, dont les dispositions sont secrètes, va chercher toute sa force probante dans l'acte de suscription et dans les faits qu'il constate. Or, pour prévenir les fraudes possibles en pareil cas, la loi a dû vouloir que la certitude qui manque au testament mystique, sous le rapport de la dictée, fût remplacée par les attestations d'un plus grand nombre de témoins, pouvant tous cer-

tifier par leur signature ce qu'ils ont vu et entendu (1).

1633. L'ordonnance de 1735 défendait aux héritiers institués ou substitués d'être témoins dans les actes de suscription des testaments mystiques, et elle le permettait aux légataires. C'était conforme aux dispositions du droit romain que nous avons rapportées (2). Mais aujourd'hui cette distinction n'a plus lieu, parce que, dans notre législation, il n'y a aucune différence entre les legs relativement à leur dénomination (3). Les héritiers et les légataires peuvent donc être témoins aux actes de suscription des testaments mystiques. L'art. 975 n'est applicable qu'aux testaments nuncupatifs, bien différents des testaments mystiques, puisque le contenu de ceux-ci est inconnu pour les témoins, tandis que le contenu des autres doit leur être connu (4). D'ailleurs, comment pourrait-on fonder une incapacité légale sur un fait légalement ignoré? Or, les légataires sont inconnus ou légalement réputés tels; on ne peut donc pas les exclure (5).

1634. Bien plus, quand même le témoin aurait écrit l'acte intérieur qui le gratifie, il n'y aurait pas pour cela nullité. En effet, aucun texte de loi ne porte de prohibition à cet égard; et comme la personne qui a écrit l'acte intérieur ignore si le testament présenté est ou n'est pas celui auquel elle a prêté son ministère, il n'y a en elle aucune incapacité légale. Elle ne fait que concourir à des constatations désintéressées, sans aucune conscience des avantages que peut contenir pour elle l'écriture intérieure (6).

(1) Paris, 19 décembre 1829 (Devill., 9, 2, 363).
(2) Voy. *supra*, n° 1598.
(3) Grenier, *loc. cit.*, n° 268.
(4) Merlin, Répert., v° *Légataire*, n° 268.
(5) Marcadé, t. IV, n° 49 *in fine*.
(6) Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 8, n° 20. Delvin-

1635. Nous avons vu, sous l'art. 975, quelles sont les incapacités, relativement au testateur et au notaire, dans le testament par acte public. Les solutions que nous avons données sur ce point, soit quant aux parents et alliés du testateur (1) ou du notaire (2), soit quant aux serviteurs du testateur (3), s'appliquent pareillement au cas où il s'agit de l'acte de suscription d'un testament mystique. Toutefois, l'incapacité prononcée contre les clercs du notaire instrumentaire par l'art. 975, incapacité que nous avons étendue à ses serviteurs dans le testament par acte public (4), ne nous paraît pas devoir être appliquée à la matière du testament mystique. Dans les textes qui règlent cette sorte de testament, le Code s'est abstenu de prononcer aucune prohibition à cet égard. D'un autre côté, on sait que la loi de ventôse ne peut être invoquée ici, puisque le Code a établi des règles spéciales dans les art. 975 et 980, sur la capacité des témoins testamentaires (5). Il ne faut donc pas, sous pretexte de vouloir donner plus de garantie à la sincérité du testament, se montrer plus sévère que le Code (6). Du reste, c'est précisément sur ce point relatif aux clercs de notaires, témoins dans les testaments mystiques, que M. Jaubert dans son rapport au Tribunat, avait annoncé l'intention du Code de déroger à la loi de ventôse (7).... « Le projet dit aussi que les clercs des

court, note 7, sur la page 85. Toullier, t. V, n° 467. MM. Coin-Delisle, n° 40, sur l'art. 980. Marcadé, t. IV, note sur le n° 49 de l'art. 976. Voy. *contra*, Grenier, *loc. cit.*, n° 268. Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 5.

(1) N° 1603.

(2) N° 1605.

(3) N° 1604.

(4) N° 1606.

(5) N° 1603.

(6) Merlin, Répert., v° *Testam.* sect. 2, § 3, art. 2, n° 8.

(7) Locré, t. XI, p. 466 et 467.

» notaires par lesquels les testaments publics seront reçus
» ne pourront être pris pour témoins. Ce projet ne répète
» pas cette autre exclusion pour le testament mystique. La
» loi sur le notariat exclut absolument les clercs des notai-
» res. Mais cette loi générale ne peut être invoquée dans la
» matière des testaments, etc.... »

1636. Nous avons dit (1) que celui qui n'entend pas la langue du testateur ne peut être témoin dans un testament par acte public; il n'en est pas de même dans le testament mystique. Le droit romain ne l'exigeait pas : « *Non tamen* » *intelligentiam sermonis exigimus* (2); » il suffisait qu'on pût faire comprendre clairement aux témoins, par un moyen quelconque (3), les opérations dont ils étaient appelés à assurer l'authenticité dans l'acte de suscription. La simplicité de l'opération que doit constater la présence du témoin dans le testament mystique, donne lieu de supposer qu'il sera toujours facile de la faire comprendre au témoin (4).

1637. Nous arrivons maintenant à l'acte de suscription. « Le notaire en dressera l'acte de suscription, » dit l'art. 976. On a discuté pour savoir si cette expression « dressera » entraîne nécessairement pour le notaire l'obligation d'écrire lui-même l'acte dont il s'agit. Mais d'où peut naître le doute, alors surtout que ce même mot employé dans l'art. 9 de l'ordonnance de 1735 y était entendu comme synonyme d'écrire (5)? On sait même qu'une déclaration du 6 mars 1751 (6) prit le soin de fixer le sens de ce mot, et acheva de

(1) N° 1526.

(2) Ulpien, l. 20, § 9, D., *Qui test. facere poss.*

(3) *Si vel sensu percipiat*, loi précitée.

(4) Furgole, *Testam.*, t. I, ch. 3, sect. 1, n° 8. Ricard, *Donat.*, p. 1, n° 1606. Doneau, *Comm.*, lib. 6, cap. 10, n° 9. *Contra*, MM. Coin-Delisle, n° 28, sur l'art. 980; et Marcadé, t. IV, n° 59.

(5) Furgole, ch. 2, sect. 3, n° 79.

(6) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1

faire passer dans la langue de la pratique cette signification du mot « dresser, » que contestaient encore quelques notaires des pays du droit écrit, par suite de vieilles pratiques relâchées qui s'appuyaient sur le droit romain (1). D'un autre côté, l'art. 979 s'exprime ainsi : « Après quoi, le notaire » écrira l'acte de suscription. »

Il est vrai qu'on objecte que ce dernier article ne s'occupe que du cas particulier où il s'agit du testament mystique fait par un muet; d'où l'on conclut que c'est dans ce cas seulement que le notaire est tenu d'écrire. Mais quelle serait la raison d'une telle différence? Comment la justifier? Quel rapport à établir entre l'obligation d'écriture imposée au notaire, avec l'impuissance de parler où se trouve le muet (2)?

1638. Nous avons expliqué plus haut (3) que rien ne s'oppose à ce qu'un témoin de l'acte de suscription ait écrit l'acte intérieur qui le gratifie.

Il en est de même du notaire qui, lorsqu'il dresse l'acte de suscription, ignore si l'acte intérieur présenté par le testateur est le même que celui qu'il a écrit à un autre moment.

Quant à la circonstance que c'est le notaire qui a écrit lui-même l'acte par lequel il reçoit un legs, on ne pourrait en arguer contre le notaire qu'autant qu'il aurait écrit l'acte

(1) Merlin, *ibid.*

(2) Voy., dans ce sens, Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, § 5, et Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 1. Delvincourt, note 8, sur la p. 85. Grenier, *loc. cit.*, n° 271. Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, n° 7. Toullier, t. V, n° 481. MM. Dalloz, *Jurisp. gén.*, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 2. Poujol, n° 12, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 46. *Contra*, Maleville, *Analyse raisonnée*, sur l'art. 976. MM. Duranton, t. IX, n° 127. Vazeille, n° 17, sur l'art. 976. En Sardaigne, aux termes des lettres patentes du roi Charles-Albert, du 10 octobre 1840, l'acte de suscription d'un testament peut n'être pas écrit de la main du notaire. Voy. *infra*, n° 1775.

(3) *Supra*, n° 1634.

comme notaire (1). Mais il est clair qu'il n'a prêté sa plume qu'à titre de personne privée, et que la prohibition de la loi de ventôse ne l'atteint pas. « Attendu, dit un arrêt de la » cour de Nîmes du 21 février 1820 (2), que la suscription » est un acte distinct et séparé du testament, qui n'a d'autre » efficacité que celle d'imprimer à une disposition de der- » nière volonté, l'authenticité suffisante pour son exécution, » en constatant son identite avec le papier remis par le tes- » tateur; que cet acte n'est pas du nombre de ceux qui font » l'objet de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI, puisque » Benoît n'y est pas partie intéressée et que l'acte ne ren- » ferme aucune disposition en sa faveur; que les dispositions » pénales ne doivent être appliquées qu'aux cas qui sont » spécialement prévus par la loi; que le Code Napoléon ne » prononce pas la peine de nullité contre un acte de sus- » cription apposé à un testament mystique et reçu par » un notaire en faveur duquel le testament contient une » libéralité (3). »

M. Grenier, cependant, critique cette décision (4). Dans le cas dont il s'agit, selon lui, le notaire doit être assimilé au notaire qui reçoit un testament par acte public. C'est lui-même qui fait le testament, qui en est le ministre, qui lui donne l'essence. Il est nécessairement suspect. Il ne peut donc être admis à se faire un testament à lui-même.

A cette objection de M. Grenier, il est facile de répondre que le notaire, au moment de la suscription de l'acte, ne sera jamais sûr que le papier clos et scellé dont il va rester

(1) Art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI.

(2) Devill., 6, 2, 208.

(3) *Junge* Merlin, Répert., v° *Testam.* § XVII, p. 739, sect. 2, §3, art. 3, n° 10.

(4) Grenier, n° 269 *bis*. Voy. aussi M. Bayle-Mouillard, *sur Grenier*, note du n° 269 *bis*.

dépositaire, soit nécessairement celui qu'il a lui-même écrit. Le testateur peut avoir substitué un testament écrit par un autre. Rien n'est certain à cet égard. Le notaire ne peut avoir que des doutes, et sa position n'est pas la même ici qu'elle serait s'il s'agissait d'un testament public. L'assimilation sur laquelle on se fonde pour faire prononcer la nullité du testament mystique, tombe par conséquent (1).

Mais il en serait autrement s'il résultait des circonstances que le testateur a déclaré au notaire et aux témoins que l'écrit qu'il veut faire revêtir de la forme mystique est de la main du notaire et qu'il gratifie le notaire. Ici s'applique dans toute sa force la règle de droit et de raison : « *Nemo potest esse auctor in rem suam.* » Le notaire manque à ses devoirs, quand il prête son ministère pour donner le dernier sceau à une disposition dans laquelle il n'est pas désintéressé. Rien ne serait plus dangereux, pour la liberté des testateurs et la sincérité de leurs dispositions, que ce rôle d'un notaire qui dominerait le disposant dans toutes les phases de l'acte et serait l'agent avoué, public, de tout ce qui s'est fait dans son intérêt (2).

1639. Le notaire devra écrire l'acte de suscription sur le papier même où le testament a été consigné, ou sur la feuille servant à l'envelopper. Cette suscription notariée ne pourrait être remplacée par un procès-verbal de présentation (3) qui serait dressé par le notaire sur une feuille à part et distincte.

(1) Toullier, t. V, n° 467. Merlin, *loc. cit.* Delvincourt, note 7, sur la p. 85. MM. Duranton, t. IX, n° 126. Coin-Delisle, n° 32, sur l'art. 976.

(2) MM. Vazeille, n° 15, sur l'art. 976. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 1, § 4, n° 5. Dalloz, t. VI, ch. 6, sect. 5, art. 5, n° 3.

(3) Turin, 15 pluviôse an XIII (Devill., 2, 2, 26). Bourges, 10 août 1813 ; et Cassat., rej., 6 juin 1815 (Devill., 5, 1, 59). Dans l'espèce de cet arrêt, le testateur avait présenté au notaire un testament clos et scellé, sur lequel

1640. L'acte de suscription est un procès-verbal qui doit énoncer avec soin les formalités prescrites par la loi. Ainsi, il devra constater, soit expressément, soit par équipollents, ainsi que nous le verrons tout à l'heure (1), la présentation du papier faite par le testateur au notaire et aux témoins, l'état dans lequel ce papier a été présenté, c'est-à-dire s'il était clos et scellé, ou bien s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins, et enfin la déclaration du testateur que ce papier contient ses dernières volontés et qu'il est écrit ou non écrit par lui.

Cette obligation de la mention de ces formalités résulte d'un côté de l'esprit de la loi, puisqu'on ne comprendrait pas en quoi, sans ces diverses mentions, consisterait l'acte de suscription ; et d'un autre côté elle résulte du texte même de la loi. En effet, après avoir énoncé les formalités relatives à la présentation et à la déclaration, l'art. 976 ajoute : « le » notaire EN dressera l'acte de suscription. »

On a cependant essayé de donner un autre sens à la particule EN (2), et, au lieu de la faire rapporter aux prescriptions relatives à la présentation et à la déclaration, on l'applique seulement au mot « testament » placé au commencement de l'art. 976, deux phrases au-dessus du membre de phrase dont il s'agit, sans vouloir que cette particule se rapporte aux formalités dont il vient d'être immédiatement parlé. Il résulterait de cette interprétation que la loi se bornant à recommander au notaire de dresser l'acte de suscription du testament sans indiquer ce qu'il doit mentionner, cet officier public pourrait, à son gré, constater ou omettre tout ou partie des formalités accomplies ; ce qui, selon l'ex-

ce testateur avait écrit que c'était son testament, et ce n'est que sur une feuille distincte et séparée que le notaire avait dressé le procès-verbal.

(1) Voy. *infra*, n° 1641.

(2) M. Coin-Delisle, n° 46, sur l'art. 976.

pression de M. Bayle-Mouillard (1), réduirait l'acte de suscription à une simple étiquette signée. Tout cela est trop peu sérieux pour avoir besoin d'une plus ample réfutation (2).

1641. La jurisprudence, toutefois, est trop raisonnable pour exiger que les mentions que doit contenir l'acte de suscription soient exprimées en des termes sacramentels. Elles peuvent résulter d'équipollents dérivant à la fois des énonciations de l'acte et de l'état matériel du testament. C'est ce que la jurisprudence a maintes fois décidé.

Ainsi, il est hors de doute que l'expression de remise équivaudra à celle de présentation (3); que la présentation au notaire, en présence des témoins, sera considérée comme synonyme de présentation au notaire et aux témoins (4). De même, il y aura déclaration suffisamment constatée que le testament a été écrit par une main étrangère, lorsque l'acte de suscription portera que le testateur a déclaré l'avoir dicté à un tiers (5), etc.

1642. Au reste, la question des équipollences, qui est toujours une question de fait, est par cela même un champ de

(1) M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note *c*, sur le n° 264.

(2) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 8, p. 692. Grenier, n° 264. Delvincourt, t. II, p. 307 et 308. Toullier, t. V, n°s 471, 472. MM. Duranton, t. IX, n° 130. Vazeille, note 9, sur l'art. 976. Marcadé, t. IV, n° 47. Cassat., rej., 7 avril 1806 (Devill., 2, 1, 232). Cassat., rej., 8 avril 1806 (Dalloz, *op. cit.*, t. VI, p. 24). Cassat., rej., 7 août 1810 (Devill., 3, 1, 226). Cassat., rej., 11 mai 1811 (Merlin, *loc. cit.*, n° 12, p. 712). Cassat., rej., sect. civile, 28 décembre 1812 (Devill., 4, 1, 252). Voy., *contra*, les motifs d'un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassat., du 23 juin 1824 (Dalloz, t. VI, p. 22).

(3) Voy. les arrêts de cassat., cités au numéro précédent, du 7 avril 1806 et 11 mai 1811. Voy., en outre, C. sup. de Bruxelles, 15 juin 1814 (Dalloz, t. VI, p. 29).

(4) Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178). Bordeaux, 5 mai 1828 (Devill., 9, 2, 75). Toulouse, 19 juin 1830 (Devill., 9, 2, 458).

(5) Turin, 5 décembre 1806 (Devill., 2, 2, 178).

bataille pour l'interprétation; et l'on y trouve ordinairement en présence les deux esprits qui, de tout temps, ont divisé la jurisprudence : l'un qui incline au rigorisme et au formalisme, l'autre qui voit les choses avec plus d'équité, et attache plus d'importance à ce qui est vrai qu'à ce qui est solennel. Mais il faut d'autant mieux donner la préférence au second que le texte de l'art. 976, tout en exigeant que le notaire dresse acte de la présentation, ne se sert pas d'expressions aussi impératives et aussi rigoureuses que celles qu'emploie l'art. 972 pour astreindre le notaire à retracer pas à pas tous les incidents du testament par acte public.

Voyons, au surplus, l'état de la jurisprudence.

Un testament avait été présenté au notaire qui avait constaté en ces termes les formalités de la suscription : « Le testateur nous a déclaré que dans le présent écrit clos est » contenue sa dernière et plus chère volonté, qu'en conséquence, il me requérait, moi notaire, en présence des témoins, de le prendre en dépôt sous ma garde. »

La question s'étant élevée de savoir s'il résultait de ces termes que le testament eût été réellement présenté au notaire par le testateur, la cour de Colmar, par arrêt du 10 juillet 1814, a décidé que cet acte de suscription était suffisant et complet; et le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 22 mai 1817 (1).

Là-dessus, la critique s'est exercée (2); on a multiplié les doutes; on s'est ingénié pour créer des suppositions. On a fait des efforts infinis pour placer, à côté de l'évidence, des conjectures de nature à l'ébranler. On a dit : un tel acte ne constate pas qui a présenté le testament au notaire. Est-ce

(1) Merlin, Répert., vo *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, no 13.
(2) Merlin, *loc. cit.*

le testateur? Il n'en est rien dit. Est-ce le notaire qui l'a pris sur la table ou ailleurs? Mais il peut s'être trompé, et le testateur, en voyant les choses de loin, a pu se tromper aussi. Est-ce une personne étrangère qui a déposé manuellement le testament entre les mains du notaire? Mais qui assure qu'elle n'a pas remis à l'officier public un acte faux et gardé le véritable? Il y a donc de l'incertitude sur tous les points, et, d'après la loi, la certitude doit être imprimée dans toutes les parties du testament.

Oui, sans doute, répondrons-nous, la certitude doit résulter de l'acte de suscription. Mais pour tous les esprits ennemis des subtilités, elle est éclatante ici; et il ne faut pas se laisser aller, pour l'obscurcir, à ce que le jurisconsulte romain appelle si bien « *nimiam et miseram diligentiam.* »

1643. Voici une autre question qui touche à cette matière des équipollents. Il s'agit de la mention relative au scel et à la clôture.

L'acte de suscription du testament de la dame Ichon était ainsi conçu : « Laquelle dame Ichon a présenté aux notaire » et témoins, et ensuite remis au notaire, le présent papier » ci-clos qu'elle a déclaré auxdits notaire et témoins conte- » nir ses dispositions. »

A la mort de la dame Ichon, le procès-verbal d'ouverture du testament constata en ces termes l'état dans lequel il se trouvait : « Un papier cacheté de deux cachets sur cire » ardente rouge, lacé d'un ruban blanc. »

Dans cet état de choses on a prétendu, devant la cour de Bordeaux, que le testament était nul parce que l'acte de suscription ne faisait mention que de la clôture sans parler du scel.

Mais on répondait qu'il y avait là un fait apparent qui n'avait pas besoin d'être constaté. L'omission du notaire n'avait pu avoir pour effet de détruire ce qui frappait les

yeux de tous. Ce fut l'avis de la cour de Bordeaux (1) qui, après s'être fait représenter le testament, décida, par arrêt du 21 mars 1822, qu'il résultait de l'inspection de cet acte qu'il était clos et scellé, au moment où il avait été présenté au notaire et aux témoins, et qu'ainsi le vœu de la loi avait été rempli. L'affaire ayant été portée devant la cour de cassation, le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 13 juin 1824 (2).

M. Merlin (3) a présenté des critiques spécieuses sur cet arrêt de Bordeaux : « Il faut, dit-il, qu'on sache quand le » testament a été scellé. Était-il scellé lors de la présenta- » tion? Rien ne le dit. Du moins a-t-il été scellé après la » présentation, et en présence des témoins? L'acte n'en dit » rien non plus. Il importe peu, en effet, que la cour de » Bordeaux ait trouvé le testament scellé lors de l'ouver- » ture. Il sera toujours douteux quand le scellement aura » été fait. » A quoi on peut ajouter que, dans le système de l'arrêt, le notaire aurait pu même se dispenser de mentionner que le testament était clos : la clôture étant un fait qui, aussi bien que le scel, peut se vérifier à l'inspection, serait alors tout aussi inutile à mentionner.

Malgré ces raisons, si j'avais été du nombre des juges, j'aurais probablement adopté la décision de la cour de Bordeaux, et j'approuve fort la chambre des requêtes d'avoir rejeté le pourvoi. Il me semble, en effet, que la constatation positive de la clôture, au moment de la présentation rapprochée de l'existence des cachets, était suffisante pour établir, au moins par équipollents, que la clôture résultait pour tout le monde de l'apposition de ces mêmes ca-

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 731, sect. 5, § 3, art 3, n° 14, 4°.

(2) Dalloz, t. VI, p. 22.

(3) Merlin, *loc. cit.*

chets. Il faut d'ailleurs considérer (et la cour de cassation en a fait la judicieuse remarque) que l'art. 976 n'impose pas au notaire, à peine de nullité, les mentions expresses qui sont exigées de lui dans l'art. 972; qu'on peut, par conséquent, admettre ici une certaine latitude, pourvu que du rapprochement des circonstances signalées et des faits matériels, il résulte que le procès-verbal de suscription contient tout ce qui est essentiel pour la validité de l'acte.

1644. Nous en dirions tout autant, si le notaire s'était borné à constater que le testament était scellé, sans ajouter qu'il était clos. C'est ce qu'a décidé la cour de Colmar par arrêt du 20 janvier 1824 (1), par la très-bonne raison qu'en combinant les différentes parties de l'acte de suscription dont il s'agissait et les circonstances y relatives, il était évident qu'il y avait eu clôture et scel.

1645. S'il y a dans l'acte de suscription des circonstances qui doivent être nécessairement constatées, au moins par équipollents, il en est d'autres dont la mention est indifférente, parce qu'elles n'ont aucun caractère essentiel. Par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit dit que l'acte de suscription a été écrit sur la feuille du testament ou sur son enveloppe (2). La cour de Bruxelles (3) a même décidé que la fausse énonciation de cette circonstance, faite par le notaire, ne peut vicier le testament; et, en effet, il n'en saurait être autrement, puisque la mention n'est point nécessaire (4). Il n'est point non plus exigé qu'il soit fait mention que l'acte de suscription a été écrit de la main même du notaire (5),

(1) Dalloz, t. VI, p. 20. Tous les motifs de cet arrêt ne sont pas irréprochables ; mais, au fond, la décision doit être suivie.

(2) Cour de Gênes, 29 décembre 1810 (Devill., 3, 2, 382).

(3) Bruxelles, 9 avril 1808 (Dalloz, t. VI, p. 34).

(4) Merlin, Répert., vo *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 3, art. 3, no 17, 2° et 3°.

(5) Grenier, no 272. Delvincourt, note 8, sur la p. 85. Merlin, Répert.,

pourvu, du reste, qu'il résulte de l'état matériel que c'est le notaire lui-même qui a écrit l'acte.

1646. Lorsque le procès-verbal est ainsi dressé et parfait, il doit être signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Il faut appliquer à cette formalité tout ce que nous avons dit plus haut sur les signatures (1).

Le notaire doit faire mention, dans l'acte de suscription, de la signature du testateur et des témoins. C'est là une formalité substantielle dans tous les actes publics (2); il n'est même pas nécessaire de recourir à la loi sur le notariat, pour en regarder l'observation comme nécessaire dans l'acte de suscription. Il suffit de se renfermer dans le texte de l'art. 976 qui, après avoir ordonné la signature par le testateur, le notaire et les témoins, dit que cela et tout ce qui précède doit être fait *uno contextu*. D'où il suit bien évidemment qu'il faut qu'il soit constaté que la signature du testateur et des témoins a eu lieu au moment de l'acte et non pas après. Si le notaire ne constatait pas que les signatures ont été apposées, comment saurait-on que toutes les formalités de l'acte de suscription ont été remplies de suite et sans divertir à d'autres actes (3)?

1647. Ceci sert à décider la question de savoir si, quoique la loi de ventôse exige que la mention des signatures soit placée à la fin de l'acte, l'acte de suscription du testament mystique est nul parce que la mention des signatures

vo *Testament*, sect. 2, § 3, art. 4, no 6. Toullier, t. V, no 481. MM. Duranton, t. IX, no 127. Dalloz, ch. 6, sect. 5, art. 5, no 2, t. VI. Vazeille, no 19, sur l'art. 976. Coin-Delisle, no 41, sur l'art. 975.

(1) Nos 1493 et suiv.; 1578, 1579.

(2) Voy. loi du 25 ventôse an XI, art. 14 et 68.

(3) Un arrêt de la cour de Turin, du 11 novembre 1811 (*Palais*, 9, 687), argumente comme si la loi de ventôse était nécessaire pour décider ce point de droit. *Junge* les motifs d'un arrêt de cassat. du 16 février 1814, chambre civile (Devill., 4, 1, 537).

a été mise à une autre place. La cour de cassation, par arrêt du 16 décembre 1834 (1), a décidé que la loi de ventôse ne saurait gouverner ce cas, et toute place est bonne pour recevoir cette énonciation.

Si le testateur qui a signé les dispositions secrètes se trouve, par un empêchement survenu depuis, dans l'impossibilité de signer l'acte de suscription, il devra être fait mention expresse par le notaire de sa déclaration à cet égard. Et ici encore peu importera la place que cette mention occupera dans l'acte (2). Il ne sera point, non plus, nécessaire d'augmenter le nombre des témoins, comme dans le cas de l'art. 977.

1648. Quant à la mention de la signature du notaire à l'acte de suscription, elle n'est pas plus exigée ici que dans le testament par acte public (3).

1649. Reste à dire un mot de la mention de la lecture de l'acte de suscription; cette mention n'est pas exigée par notre article, et si le notaire omettait de la faire, il n'encourrait qu'une amende de 100 fr. d'après l'art. 15 de la loi de ventôse (4).

1650. Nous n'avons pas besoin de répéter que l'acte doit être daté. C'est là une formalité substantielle dont l'omission entraînerait nullité (5); elle est d'autant plus nécessaire que l'acte intérieur peut manquer de date (6).

1651. Enfin, la loi veut que toutes les opérations qui

(1) Sirey, 35, 1, 463.

(2) Bordeaux, 20 novembre 1833 (*J. Pal.*, 1834, t. I, p. 525). Cassat., rej., 3 janvier 1838 (*J. Pal.*, 1838, t. I, p. 199).

(3) *Supra*, n° 1582.

(4) Cette amende a même été réduite à 20 fr. par l'art. 10 de la loi du 16 juin 1824.

(5) Loi du 25 ventôse an XI.

(6) *Supra*, n° 1623.

constituent le testament mystique soient faites de suite et sans divertir à d'autres actes. C'est là une condition que déjà nous avons eu occasion de toucher, en nous occupant de la loi romaine (1); elle exigeait unité d'action dans toutes les opérations testamentaires, dont l'accomplissement devait avoir lieu en un seul temps et sans intervalle (2). L'ordonnance de 1735 fit passer cette disposition au nombre des formalités des testaments mystiques, en se servant des mots adoptés depuis par le Code Napoléon, « de » suite et sans divertir à d'autres actes, » qui rendent d'une manière moins vague les idées du législateur romain.

Mais de cette obligation on ne doit pas conclure que si le testateur, ou l'un des témoins, se trouvait pressé de quelque besoin physique, il ne pût sortir de la chambre pour un instant. La loi romaine le permettait d'une manière formelle (3). Cependant, Doneau (4) veut que cette faculté ne soit accordée qu'autant qu'il s'agit d'une nécessité prompte à remplir. Car, si le testateur ou l'un des témoins était obligé de s'éloigner pour un mal dont la guérison serait de quelque durée, le testament serait interrompu.

(1) N° 1507.

(2) « *Uno eodemque tempore.* » (Instit., § 3, *De testam. ordin.*) «... *Uno* » *eodemque die, nulloque actu extraneo interveniente.* » (Theod. et Valent., loi 21, C., *De testam.*) «... *Est autem uno contextu, nullum actum alie-* » *num intermiscere.* » (Ulpien, l. 21, § 3, D., *Qui testam. facere poss.*) «... *In primis requiritur ut unico contextu fiat testamentum, nullo actu ex-* » *traneo, nullo contractu interveniente. Cum enim testamentum solius tes-* » *tatoris voluntate constet, et ambulatorium ac mutabile sit, contractus* » *vero duorum consensum seu conventionem contineat eamque unius arbitrio* » *non infirmandam, contradictorium foret irrevocabile negotium revocabili* » *testamento celebrari.* » (Voët, *Ad Pand.*, *Qui testam. facere possunt*, n° 4).

(3) Justinien, l. 28, C., *De testam.* Voy., *supra*, la note sous le n° 1553. Voy. aussi n° 1617.

(4) *Comm.*, lib. 6, cap. 8, n° 6.

La loi *Hac consultissima* (1) décide que ce n'est pas manquer à la continuité d'action, que de rédiger ses dispositions dans un temps et de remettre la suscription à une autre époque. C'est aussi ce que nous avons déjà dit (2), parce que ce sont véritablement les formalités de la suscription qui constituent le testament mystique, et que jusqu'au moment où l'on commence à les remplir, l'acte n'est encore qu'un projet (3). Du reste, l'art. 976 le fait suffisamment entendre (4).

Mais la mention que toutes les opérations concernant l'acte de suscription ont été accomplies, de suite et sans divertir à d'autres actes, est-elle nécessaire à peine de nullité? La loi n'a point exigé cette mention d'une manière spéciale; il suffit que l'unité de contexte résulte de l'ensemble des termes de l'acte de suscription (5).

1652. Telles sont les formalités que la loi exige pour le testament mystique. Ces formalités sont graves et importantes; la déclaration faite par le testateur au notaire et aux témoins donne à ce testament le caractère d'un acte authentique. Un simple contrat passé devant un notaire et deux témoins est un acte authentique; à plus forte raison, en doit-il être de même du testament mystique, qui exige le concours d'un notaire et de six témoins au moins. Vainement on voudrait distinguer ici entre le testament même

(1) Justinien, lib. 21, C., *De testam.*

(2) *Supra*, n° 1624.

(3) Furgole, *Testam.*, ch. 2, sect. 3, n° 28.

(4) Grenier, n° 263. Merlin, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 2, art. 5 p. 621. MM. Duranton, t. IX, n° 129. Coin-Delisle, n° 39, sur l'art. 976.

(5) Merlin, *loc. cit.*, art. 7, n° 5. Delvincourt, note 2 sur la p. 85. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 4, n° 3. MM. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 263, note *a*. Poujol, n° 14, sur l'art. 976. Vazeille, n° 21, sur l'article 976. Dalloz, t. VI, p. 36. Coin-Delisle, n° 41 *in fine*, sur l'art. 976. *Junge* Cassat., rej., 8 février 1820 (Devill., 6, 1, 181).

et l'acte de suscription, et soutenir que ce dernier seul est authentique. Ces deux actes n'en font qu'un : le testament est uni d'une manière indissoluble à l'acte de suscription, et il participe par cela même à l'authenticité de cet acte. Il doit résulter de là que ce testament n'est plus sujet à dénégation d'écriture ou de signature, qu'il ne peut être argué que par inscription de faux (1), et que le juge ne peut en suspendre l'exécution (2).

1653. Nous avons vu (3) qu'un testament par acte public doit être passé en minute, à peine de nullité.

Mais il n'en est pas de même de l'acte de suscription d'un testament mystique, lequel, malgré son importance, n'est qu'un procès-verbal de faits matériels et ne renferme pas, comme le testament par acte public, la disposition de ce que le testateur laissera à son décès.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, il arrivait très-fréquemment que le testateur restait dépositaire, sur sa demande, de son testament mystique, et il a été jugé que cette pratique était dans la nature des choses (4). On ne trouve rien dans les lois nouvelles qui y soit contraire. Bien plus, le texte de l'art. 1007 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 916 du Code de procédure, montre clairement que, dans la pensée de ces articles, l'acte de suscription n'est qu'un de ces actes simples qui peuvent se passer en brevet. En effet, ces deux articles supposent que le testament mystique peut se trouver ailleurs que dans les mains

(1) Bruxelles, 23 mars 1811 (Devill., 3, 2, 458). Metz, 8 mars 1821 (Devill., 6, 2, 378). Besançon, 22 mai 1845 (Devill., 46, 2, 46).

(2) Bordeaux, 9 septembre 1829 (*Palais*, 22, 1441). *Junge* Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art 3, n° 29. Toullier, t. V, n° 501. MM. Duranton, t. IX, n° 145. Dalloz, t. VI, p. 46. Vazeille, n° 23, sur l'art. 976. Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 976.

(3) *Supra*, n° 1508.

(4) Riom, 1er décembre 1818 (Devill., 5, 2, 429. *J. Pal.*, 14, 1096).

du notaire qui l'a reçu (1); qu'il peut être remis au président du tribunal par une personne autre que le notaire; enfin, le notaire, qui a instrumenté en est si peu le dépositaire obligé, que le président peut, après l'ouverture, en confier la garde à tel notaire qu'il lui plaît de commettre (2). Ces textes ont été évidemment formulés sous l'influence de pratiques toujours en usage et universellement attestées.

On conçoit, d'ailleurs, que l'écriture intérieure, qui n'est qu'une écriture privée, établisse un lien étroit entre le testateur et l'acte qui contient sa volonté. Pourquoi ne pourrait-il pas faire sur la pièce même des additions, des corrections, des modifications, puisque c'est son propre ouvrage? Sans doute, il ne le peut lorsque le testament est authentique, puisque l'instrument est l'œuvre du notaire. Mais le testament mystique a un tout autre caractère, et pour ne pas multiplier les testaments (ce qui est un inconvénient), le disposant peut très-bien apporter à l'acte les amendements qui résultent d'un changement de volonté.

Telle est, du reste, la jurisprudence (3). Il a même été jugé que le testateur qui a de justes raisons de modifier son testament mystique, a droit de se le faire remettre par le notaire qui en est dépositaire (4); ce n'est là qu'une conséquence de l'opinion d'après laquelle le procès-verbal de suscription peut être passé en brevet.

1654. Quand un testament mystique est nul dans sa

(1) Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civ.*, sur les art. 916 et 917.

(2) Jaubert, *Rapport au Tribunat* (Locré, t. II, p. 472).

(3) Bruxelles, 2 juillet 1825 (Devill., 8, 2, 117).

(4) Paris, 10 juin 1848 (Devill., 48, 2, 356. *J. Pal.*, 48, 2, 168), qui confirme un jugement (affaire Casariera) du tribunal de la Seine, du 11 décembre 1847 (Devill., 48, 2, 45). Voy., *contra*, une délibération de la chambre des notaires de Paris, du 6 février 1823, rapportée par Rolland de Villargues dans son *Code du Notariat*, p. 458.

forme solennelle, il est possible qu'il se soutienne comme testament olographe, si l'écrit intérieur répond à toutes les conditions exigées pour la validité des testaments olographes.

Ce point a cependant été un sujet de controverse entre les auteurs. Quoiqu'il nous semble très-simple et très-clair, il suffit qu'il occupe une place considérable dans la science pour que nous croyions devoir nous y arrêter un instant.

Et d'abord, Cujas (1) a pensé qu'un testament olographe, dans lequel le testateur avait annoncé qu'il le ferait reconnaître devant témoins, était nul si cette formalité n'était pas remplie devant le nombre de témoins requis pour faire un testament public. Il se fonde sur un passage de la novelle de Valentinien (2), qui porte ce qui suit : « *Si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus; cum tamen testium præsentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.* »

Ricard (3) assure « qu'on peut avancer pour une maxime générale, qu'il est nécessaire que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de disposer, et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en une autre forme permise par la loi ou par la coutume, il ne laissera pas de demeurer sans effet s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer. » Ce jurisconsulte s'appuie sur la loi dernière au Code, *De codicillis*, sur la loi 19 au Code, *De fideicommissis*, et sur le paragraphe dernier aux Institutes, *De fideicommissaria hæreditate*.

(1) *Consultat.* 55.
(2) Novelle 2, Code de Théodose, *De testamentis*.
(3) Ricard, *Donat.*, part. 1, n°s 1609 et suiv.

« Cette maxime, dit Ricard, est fondée sur ce que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, il est censé n'avoir pas eu dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assurée, et ainsi ne se trouvant pas parfait en la manière qu'il a choisie, l'acte qui a été fait n'est point suffisant pour faire foi de ses intentions. »

Le même auteur justifie son sentiment par deux arrêts du parlement de Paris, du 28 août 1575 et du 20 juillet 1655, dont le dernier jugea qu'un testament fait en présence de sept témoins fût déclaré nul, à cause du défaut de pouvoir du notaire dans le lieu où il instrumentait, et que la cour repoussa le moyen pris de ce qu'en pays de droit écrit (et c'était en pays de droit écrit que le testament avait été fait), l'on pouvait valablement tester en présence de sept témoins, sans notaire; le parlement fut déterminé à rejeter ce moyen, parce que le testateur avait eu intention de tester devant notaire.

On peut joindre à cette opinion celle d'un professeur de droit fort estimé, Serres, qui (1) enseigne « qu'on ne peut » pas régulièrement convertir une espèce de testament en » une autre, et que tout testament doit être parfait dans la » forme en laquelle il a été commencé et fait. »

Chabrol, commentateur de la coutume d'Auvergne, qui jouit d'une grande considération parmi les jurisconsultes de ce pays, professe la même doctrine (2). M. Grenier (3) et M. Merlin (4) ont pendant quelque temps partagé l'opinion de ces auteurs.

(1) Serres, *Instit. au droit français*, l. 2, t. X, § 3.

(2) Chabrol *sur la cout. d'Auvergne*, t. II, p. 58.

(3) Grenier, n° 276.

(4) Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, § 6, p. 267, la note p. 269 et suivantes.

D'autres jurisconsultes ont pensé, au contraire, que la faveur des dernières dispositions devait faire supposer que l'intention du testateur avait été de tester dans la forme réellement observée par lui. Ils se fondent à cet égard sur la loi 12, D., *De rebus dubiis*, et sur la loi 3, D., *De test. milit.*, qui admet en termes formels cette présomption, et déclare que le testament solennel, vaut toujours comme testament militaire, malgré la volonté exprimée par le testateur de faire un testament solennel; car, dit Ulpien, « *nec credendus* » *est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia* » *sua* (1). »

Tel est l'avis d'Henrys (2), qui s'appuie sur le sentiment du président Favre (3). C'est aussi celui de M. Toullier (4); et enfin, c'est à cet avis que sont revenus, en dernier lieu, M. Merlin et M. Grenier.

Il nous semble que c'est aussi le seul que l'on puisse suivre, et pour le prouver nous allons discuter toutes les raisons opposées *ex adverso*.

D'abord, l'argument que Ricard tire des lois romaines n'est rien moins que concluant. Ces lois sont rendues sur la question de savoir si un testament nul comme tel peut valoir comme codicille, et elles prononcent très-justement la négative. Mais ce cas est fort différent du nôtre. Car un testament et un codicille sont deux actes d'une nature toute différente dans le droit romain. Le testament faisait un héritier, le codicille sans testament était un acte *ab intestat;* tellement que l'héritier *ab intestat* était seul héritier, et qu'il se trouvait seulement grevé des legs comme fidéicommis ; ce

(1) Ulpien, l. 3, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, 8, 2, p. 226, n° 14.

(2) Henrys, l. 5, ch. 4, quest. 2 et 3; ch. 4, quest. 67.

(3) Favre, *De error. Pragm* , décad. 75, error. 6.

(4) Toullier, t. V no 480.

qui lui donnait le droit de retenir la quarte Trébellianique (1). Il était bien clair que, par cela seul que le testateur avait voulu faire un testament, il n'avait pas songé à codiciller, et que le testament ne pouvait valoir comme codicille qu'en vertu de la clause codicillaire expresse, c'est-à-dire en vertu d'une volonté du défunt clairement manifestée.

Mais, dans l'espèce que nous discutons, il ne s'agit pas de convertir un acte d'une espèce en un acte d'une espèce opposée soit par l'essence, soit par les résultats ; il s'agit, ce qui est tout autre, de savoir si un testament nul en une forme, peut valoir en une autre forme testamentaire (2).

Ainsi, Ricard n'aurait pas dû se laisser influencer par les lois romaines qu'il cite mal à propos; la loi 3, D., *De test. militis*, était la seule décisive, puisqu'il s'y agit véritablement de la conversion d'un testament en un autre testament; et tandis que Ricard n'y voit qu'un cas exceptionnel en faveur du soldat, il nous semble qu'il eût été plus digne de sa pénétration d'y trouver la règle générale de notre matière (3).

Sans doute le cas dont s'occupe la loi 3, D., *De test. militis*, est particulier au soldat et ne pouvait pas se présenter pour

(1) Ricard, *loc. cit.*, n° 1431.

(2) Voy. *supra*, n° 47.

(3) La raison de décider, adoptée par Ulpien, est si bien considérée comme faisant une règle générale, que Menochius en a tiré le principe que, lorsqu'une personne peut faire un acte d'après le droit commun et d'après un droit spécial, et que l'acte ne vaut pas *jure communi*, il doit valoir *jure speciali* : « *Primus casus est quando actus non potest valere et sustineri* » *jure communi*. *Tunc præsumitur confectus jure speciali et privilegiato*. » Menochius s'appuie sur l'autorité d'Alciat et de plusieurs autres, qui veulent même que cette règle ait lieu *quando actum conficiens destinasset uti jure communi* (lib. 6, *præsc.* 6, n°s 1 *et seq.*); ce qu'approuve Menochius, *præsc.* 4, n° 37, par la raison qu'à moins de preuve ou de paroles contraires, on ne peut supposer que le testateur eût exclu et répudié son privilége spécial, s'il eût su qu'il faisait une chose nulle suivant le droit commun.

un citoyen ordinaire. Il s'agissait d'un soldat qui avait manifesté l'intention de tester *jure communi*, et dont le testament était resté imparfait. On demandait si ce testament, nul comme solennel et n'ayant aucune forme du droit civil, pouvait valoir comme militaire, et, dans l'espèce posée, ce moyen ne pouvait être invoqué qu'en faveur du soldat dont les dernières dispositions valaient *nuda voluntate*. Si c'eût été un simple citoyen qui eût testé, on n'aurait pas hésité à dire : Le testament est nul sans ressource ; il ne s'y trouve aucune des solennités requises par la loi pour faire valoir les dernières volontés. Mais c'est un soldat dont le testament est soumis à l'examen, c'est-à-dire un homme qui jouit du privilége de n'être assujetti à aucune forme testamentaire. Voyons si son testament ne vaudra pas comme manifestation d'une nue volonté. Voilà en quoi la loi 3 (1) statue sur un cas particulier au soldat. Mais ce cas particulier, Ulpien le résout par une règle générale. « *Nec credendus est quisquam* » *genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua : sed ma-* » *gis utroque genere voluisse, propter fortuitos casus.* » QUISQUAM, dit Ulpien, et ce mot a une telle latitude qu'il prouve évidemment que le jurisconsulte appliquait ici une maxime faite aussi bien pour les citoyens ordinaires que pour les soldats, une de ces maximes, en un mot, dont la généralité vient éclairer tous les cas particuliers. Ce serait donc une erreur de croire que la loi 3 constituait un privilége pour le seul soldat ; si l'espèce prévue est particulière au soldat, la raison de décider est générale, et c'est cette raison dont nous nous emparons pour résoudre les difficultés du même genre qui peuvent se présenter dans les testaments paganiques.

Ainsi, par exemple, voyons si un testament paganique solennel, qui manquera de quelques formalités, pourra valoir

(1) D., *De testam. militis.*

comme nuncupatif verbal. On sait que, quoique le testament solennel soit ordinairement secret, cependant le testateur peut en donner connaissance aux sept témoins appelés pour la suscription (1). Supposons que, par une confiance entière dans les témoins, le testateur leur ait révélé le contenu de l'écrit intérieur, et qu'ensuite ce testament soit nul comme solennel : pourra-t-il, dans ce cas, valoir comme nuncupatif, étant revêtu des formalités particulières à ce testament, qui n'exige que la déclaration verbale des dernières dispositions sans le secours de l'écriture? On voit qu'il s'agit ici de conversion, comme dans la loi 3, D., *De test. milit.*, et comme dans la question que nous discutons. Eh bien ! les arrêts et les auteurs s'accordent à dire que le testament vaut comme nuncupatif, à moins que le testateur n'ait déclaré qu'il voulait que son testament ne valût que comme solennel. C'est ce que décident Socin (2), Bartole (3), Paul de Castro (4). Menochius (5) n'hésite pas à dire que si quelqu'un veut faire un testament écrit et qu'il en omette les solennités, son testament vaudra comme nuncupatif, s'il a observé les formalités du testament nuncupatif. Grassus (6) dit formellement : « *Vera et communis opinio est quod tale testamentum (id est* » *testamentum in scriptis imperfectum ratione solemnitatis) va-*

(1) *Supra*, no 1618.

(2) Socin, *conseil* 135.

(3) Bartole, *Infort.*, ad lib. 29, D., *De jure Codicil.* L. 20 *in fine*, t. III, p. 172, col. 2 : « *Aut enim apparet*, dit cet auteur, *quod testator volebat* » *condere in scriptis... testamentum, et testamentum non valet ut nuncu-* » *pativum ; aut non constat tunc illa nominatio hæredis, si est facta coram* » *legitimo numero testium, et valet ut testamentum nuncupativum.* » Rien n'est plus formel que cette décision, rendue dans un cas où il s'agissait d'une institution d'héritier *in scriptis*, nulle comme telle.

(4) Sur la l. *Hæred. palam.*, D., *Qui testam. fac. poss.*

(5) Menochius, *De præsumpt.*, lib. 4, *præsumpt.*, 2, nos 14 *et seq.*

(6) L'opinion de cet auteur est citée dans l'ouvrage intitulé : *Syntagma opinionum communium.*

» *leat ut nuncupativum, nisi expresse arctasset se ad testa-*
» *mentum in scriptis, quia forte aliter noluit valere, vel noluit*
» *suam voluntatem testibus esse notam; et ita tenent omnes*
» *doctores; in dubio enim non est verisimile testatorem se*
» *restringere ad unam viam testandi, et sic eligere iter per*
» *quod ejus judicium impugnaretur* (1). »

Enfin Lapeyrère (2) rapporte un arrêt de la deuxième chambre des requêtes du parlement de Bordeaux, du 5 septembre 1672, qui juge que le testament qui ne peut valoir comme solennel *in scriptis*, peut valoir comme nuncupatif, et c'est aussi l'avis du président Cambolas (3) et de D'Olive (4), qui s'appuient sur des arrêts (5) du parlement de Toulouse dont ils étaient membres tous deux. Nous ne connaissons aucun auteur de quelque considération qui ait décidé cette question en sens contraire. Car nous ne croyons pas qu'on puisse tirer une induction quelconque de ce que dit Furgole (6).

L'on voit que cette opinion généralement accréditée, jointe au principe général contenu dans la loi 5, D., *Test. milit.*, rend inadmissible cette prétendue règle de Ricard et de Serres, qu'un testament doit valoir en la forme commencée. C'est en vain que Ricard oppose la présomption que le défunt ayant témoigné vouloir faire son testament en une forme plus solennelle, n'est pas censé avoir eu le dessein de confier sa volonté dans une forme plus commune et moins assu-

(1) Mantica, *De conject. ultim. vol.*, l. 1, t. VII, n° 6, p. 12 : « *Com-*
» *munis doctorum schola*, dit-il, *concludit, testamentum ut nuncupativum*
» *sustinere debet, si non valet tanquam in scriptis conditum.* »

(2) Lapeyrère, lettre 5, n° 46.

(3) L. 3, ch. 46.

(4) *Questions notables de droit*, liv. 5.

(5) Arrêts du parlement de Toulouse, des 15 mars 1631 et 22 mai 1632.

(6) Furgole, ch. 2, sect. 2, n°s 26 et suiv.

rée; on lui opposera cette présomption bien plus naturelle, bien plus conforme au désir qu'ont tous les hommes de faire survivre leur volonté à eux-mêmes. « *Nec credendus est quis-* » *quam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua, sed* » *magis utroque genere voluisse, propter fortuitos casus.* » Et tandis que cette présomption se trouve encore dériver de la loi 6, § 2, D., *De jure codicill.* (1), et concorder avec cette autre règle, que ce qui abonde ne vicie pas : « *Non solent quæ* » *abundant vitiare scripturas,* » la présomption posée comme règle par Ricard ne se trouve consignée dans aucun texte de quelque valeur.

M. Toullier donne une autre preuve que le choix d'un genre d'actes n'exclut pas tout autre acte dont les formalités se trouvent avoir été remplies à défaut de celles qui pouvaient valider celui que l'on avait d'abord choisi. C'est que l'acte public, nul comme tel, vaut cependant comme acte sous signature privée, s'il est souscrit de toutes les parties (2).

Nous trouvons donc déjà qu'une loi du Digeste décide que le testament d'un soldat, nul comme solennel, peut valoir comme testament militaire; qu'une foule d'auteurs, dont les opinions ont été sanctionnées par des arrêts, ont décidé qu'un testament mystique nul vaut dans le droit romain comme nuncupatif verbal, s'il a été prononcé devant les témoins. Quelle serait donc la raison qui empêcherait un testament solennel, manquant de quelques formalités essentielles, de valoir comme olographe, s'il était écrit, daté et signé de la main du testateur? Nous n'en voyons absolument aucune; il est même certain que celui qui a fait son testament olographe, et qui veut ensuite le faire revêtir des formalités du testament mystique, n'est le plus souvent porté

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 263, no 6.
(2) Art. 68 de la loi de ventôse an XI. Art. 1318 C. N.

à prendre ce parti que par précaution et pour mieux assurer l'existence de sa volonté, bien loin de vouloir la détruire. Le testament olographe n'est presque toujours connu que du testateur et de l'héritier légitime. Le testateur peut craindre que ce dernier ne se porte à le supprimer; alors il le fait revêtir de la suscription, assuré dès ce moment que sept personnes sachant qu'il a testé, toute suppression de la part de l'héritier deviendra impossible à consommer dans le secret. D'ailleurs, l'écriture est sujette à vérification dans le testament olographe, et il est possible que le testateur, voulant éviter à son légataire les inquiétudes de cette vérification, ait fait dresser la suscription, qui, comme dit élégamment Paul (1) : « *Interiori fidem servat.* »

Tout cela, disons-nous, est l'effet d'une précaution louable, mais ne prouve en aucune manière que le testateur ait voulu exclure la forme olographe, et faire exclusivement dépendre la preuve de sa volonté des formes du testament mystique. S'il l'avait voulu, il l'aurait dit : mais, dans son silence, on ne peut admettre une présomption si contraire à l'estime que chacun fait de mourir avec un testament respecté (2).

Aussi, la jurisprudence des cours souveraines a-t-elle toujours incliné pour la conversion du testament mystique en testament olographe, lorsqu'elle était possible, et M. Merlin rapporte (3) un arrêt du parlement de Dijon du 1er août 1748,

(1) Paul, *Sententiæ*, l. 5, *Ad. leg., Cornel., Testam.*, tit. 25, § 6. Voy. Cujas, ad. tit., C., *De testam.*

(2) On peut appliquer aux testaments mystiques, dont l'écrit intérieur est un testament olographe, ce que Menochius disait du testament *in scriptis*, revêtu des formalités nuncupatives : « *Dicitur quædam mista species testamenti, et communem esse sententiam asserunt ipse Vasquius, qui scripsit, quod* UNA FORMA ALTERAM NON CONSUMIT, *sed ambæ simul concurrere, et esse possunt, quod ait probari...* »

(3) Merlin, Répert., vo *Testament*, t. XVII, sect. 2 § 4, art. 4. p. 7[illegible], col. 1.

qui a jugé valable comme olographe un testament destitué des formes du testament solennel. L'héritier *ab intestat* se pourvut au grand conseil contre cet arrêt, mais il fut débouté de sa demande en 1751.

Ajoutons que l'ordonnance de 1629 admettait, dans son art. 126, qu'un testament olographe était toujours valable quoique le testateur eût voulu par la suite le faire revêtir des solennités des testaments mystiques, et que les solennités eussent été imparfaitement remplies. A la vérité, cette ordonnance n'était pas observée dans la plus grande partie du royaume. Mais, au jugement de Bretonnier, c'était un monument de la sagesse de M. de Marillac, garde des sceaux, qui la rédigea, et elle peut faire autorité comme raison écrite. M. Grenier (1) en tire, à la vérité, la conséquence que l'auteur de cette ordonnance reconnaissait le principe qu'un testament devait être parfait en la forme choisie, et qu'il voulait y déroger. Tout ce que prescrit le législateur ne suppose pas un usage contraire précédemment suivi; de ce que le Code Napoléon trace à la donation des formalités particulières qu'il veut être observées à peine de nullité, s'ensuit-il que ces formes sont nouvelles, qu'elles étaient inconnues sous le régime de l'ordonnance de 1731? On sait que rien n'est plus périlleux que ces arguments *a contrario*, comme Ricard le dit quelque part dans son traité *Des donations*. D'ailleurs, M. de Marillac pouvait avoir eu sous les yeux la jurisprudence particulière du parlement de Paris, qui s'opposait à la conversion des testaments, et avoir voulu la ramener à la jurisprudence des parlements de Toulouse et de Bordeaux; hypothèse qui prouverait, du moins, qu'aux yeux d'un magistrat de ce savoir et de cette sagesse, cette dernière jurisprudence dont

(1) Grenier, *loc. cit.*, nº 276, t. I, II. 570, édit. de M. Bayle-Mouillard.

Cambolas cite un monument qui remonte au 4 janvier 1605, était la meilleure. Elle est, en effet, puisée à la source du droit romain, et dans la plus saine interprétation des volontés des mourants. Quant à la novelle de Valentinien, j'ai dit ci-dessus (1) que Justinien l'avait rejetée, et qu'il paraît même qu'elle n'a jamais été observée. D'ailleurs, si on voulait la considérer comme raison écrite, on lui opposerait, avec succès, l'ordonnance de 1629, qui est aussi un monument de la raison écrite, et qui doit surtout avoir un grand poids aux yeux des jurisconsultes français.

Il ne nous reste plus qu'à examiner les raisons qui ont un instant séduit M. Merlin et qui ont été développées dans la troisième édition de ses Questions de droit (2).

L'art. 979 du Code civil (disait M. Merlin) veut que le muet qui fait un testament mystique commence par écrire, dater et signer ce testament, c'est-à-dire par lui donner la forme d'un testament olographe ; et, non content de ce préliminaire qui, pourtant, suffirait pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, s'il n'avait pas en vue la forme mystique, il veut que le testateur le présente au notaire et aux témoins, qu'il écrive la déclaration que c'est là son testament, etc. Si une de ces formalités n'est pas observée, quel sera le sort du testament? Il sera nul, dit l'art. 1001. Il sera nul : il ne vaudra donc pas comme testament olographe! Et pourquoi? C'est que la loi ne considère le testament écrit, daté et signé de la main du muet, que comme un projet subordonné à l'accomplissement des formalités voulues pour les testaments mystiques, et que si ces formalités ne sont pas observées, elle adopte cette maxime de Godefroy (3) : « *Præsumitur testator justas solemnitates omit-*

(1) *Supra*, n° 1463.
(2) Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, p. 269.
(3) Godefroy sur la loi 14, C., *De testam.*

» *tens, solemnis voluntatis pœnituisse et perlusorium actum* » *facere voluisse.* »

Cette argumentation est plus subtile que solide, et elle avait pour résultat de mettre M. Merlin en contradiction avec ce qu'il avait dit précédemment (1). Il avait d'abord soutenu qu'avant le Code Napoléon, le testament, nul comme testament mystique, pouvait valoir comme testament olographe. Or, cet article 979 du Code n'est que la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui, combiné avec l'art. 47 de la même ordonnance, donne absolument le même résultat que l'art. 979 conféré avec l'art. 1001. Il y avait donc inconséquence à se prononcer pour la validité du testament avant le Code Napoléon, et pour la nullité depuis ce Code.

Mais, dira-t-on, l'ordonnance de 1629, dont nous avons fait connaître ci-dessus l'art. 129, faisait loi dans quelques parties du royaume, même sous l'ordonnance de 1735; elle était notamment reçue à Bayonne, et c'est pour cela que M. Merlin soutient la validité d'un testament qui, fait dans cette ville, était nul comme mystique et valait comme olographe (2). Nous dirons, d'abord, que M. Merlin, dans les réflexions qui précèdent son réquisitoire, examinant la question sous un point de vue général, se décidait pour la validité, même indépendamment de l'ordonnance de 1629. Mais, ensuite, pourquoi cette ordonnance faisait-elle loi dans quelques ressorts, même sous l'ordonnance de 1735? C'est qu'apparemment elle n'était pas contraire aux articles 12 et 47 de l'ordonnance de 1735. Car si elle y eût été contraire, elle aurait été abrogée par l'art. 82 de cette dernière ordonnance, portant : « Voulons, au surplus, que la

(1) Merlin, Quest. de droit, *loc. cit.*, § 6.
(2) Merlin, *loc. cit.*, réq. du 28 thermidor an XI.

» présente ordonnance soit gardée et observée à compter » de sa publication, abrogeons toutes ordonnances, lois, » coutumes, statuts et usages différents, ou qui seraient » contraires aux dispositions y contenues. » Concluons donc, d'après M. Merlin lui-même, que les art. 12 et 47 de l'ordonnance de 1735, qui prononçaient la nullité d'un testament mystique écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur, lorsqu'il lui manquait quelques formalités voulues par la loi, ne contenaient rien de contraire au principe qu'il pouvait valoir comme olographe; et pourquoi? C'est que personne ne disconvient qu'il ne fût nul comme mystique; mais on soutient sa validité comme olographe. Voilà pourquoi l'arrêt du parlement de Dijon du 1er août 1748, rendu, par conséquent, sous le régime de l'ordonnance de 1735, n'est pas contraire à cette ordonnance, et qu'un arrêt du conseil en prononça le maintien.

Comment serait-il donc possible que ce qui était vrai, selon M. Merlin, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, fût faux sous le Code Napoléon, qui n'en est que la répétition ?

Ensuite, comment ne voit-on pas que l'art. 1001 doit être entendu *secundum subjectam materiam;* qu'en le combinant avec l'art. 979, il n'envisage le testament que dans l'ensemble des dispositions qui le rendent mystique, et que c'est sous ce point de vue seul qu'il prononce la peine de nullité pour les omissions essentielles; mais qu'il n'était pas du sujet du législateur de l'envisager sous le rapport d'un testament olographe, et qu'en déclarant sa nullité comme mystique, il laisse entière la question de savoir s'il vaut comme olographe ?

M. Merlin disait encore qu'aux yeux de la loi, le testament olographe qu'on veut faire revêtir de la forme solennelle, n'est qu'un projet subordonné à l'accomplissement des for-

malités voulues par le testament mystique. Mais de quel texte du Code Napoléon tire-t-il cette révélation? Assurément il faut faire une grande violence aux art. 979 et 1001 pour leur faire dire une chose si contraire à ce qui se passe journellement, et à l'esprit qui a dicté la loi 3, D., *De test. milit.*, aussi bien que la jurisprudence que nous avons analysée. M. Merlin ne met-il pas un peu trop de côté, dans cette interprétation subtile, la règle que les lois doivent être entendues *secundum subjectam materiam?* Est-il possible de voir dans les art. 979 et 1001, autre chose, sinon que le testament est nul comme testament mystique?

Pour nous, nous aimons mieux nous en tenir à la présomption d'Ulpien, que d'admettre que le testateur n'a voulu faire qu'un simple projet. Nul n'est censé choisir une forme de tester pour détruire sa propre volonté; il faut plutôt supposer que le testateur, conduit par un esprit de prévoyance, a eu en vue « *utrumque testandi genus propter fortuitos casus.* »

Quant à la maxime de Godefroy, maxime d'une vérité éternelle, elle n'est faite que pour le cas où le testament n'a aucune formalité du droit civil. Il ne faut donc pas l'appliquer au cas où des solennités légales soutiennent ce testament.

Ainsi, sous quelque point de vue qu'on envisage cette opinion, que voulut un instant faire prévaloir M. Merlin, on comprend qu'elle ne pouvait être appelée à faire autorité.

Du reste, M. Merlin, ainsi que nous venons de le dire, abandonna ce système; et, revenant sur son opinion, il reconnut franchement qu'il s'était trompé (1).

M. Grenier ne tarda pas non plus à se laisser entraîner, à la suite de M. Merlin, à la rétractation de son opinion (2).

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XVII, p. 762. « De nouvelles réflexions, dit-il, me portent à croire que je me suis trompé! »

(2) Grenier (3e édit.), n° 276 *bis*.

Toutefois, à cette même époque où M. Merlin et M. Grenier confessaient les erreurs dans lesquelles ils étaient tombés sur la question, un arrêt de la cour de Poitiers du 28 mai 1824 (1), très-faiblement motivé, se rangeait à l'opinion de Ricard et à ce prétendu principe, qu'un testament doit être parfait dans la forme choisie par le testateur.

Mais depuis cette époque la jurisprudence (2) et la grande majorité des auteurs (3) ont admis la validité du testament comme testament olographe.

1655. La question se simplifie beaucoup, lorsque le testateur a énoncé la volonté que son testament valût dans la meilleure forme; alors la conversion ne peut plus faire de doute; elle procède de la volonté du disposant, selon Mantica (4). La clause *omni meliore modo* suffit pour autoriser la conversion. Cependant, il arrive souvent que cette clause doit être plutôt considérée comme de style, que comme procédant de la volonté formelle du testateur; mais, dans le doute, il faut supposer que le notaire n'a fait qu'obéir à l'injonction du testateur. « *Et quidem notarius censetur roga-* » *tus ut apponat omnes clausulas solitas apponi* (5). »

(1) 28 mai 1824 (Devill., 7, 2, 371; Dalloz, 25, 2, 64).

(2) Bastia, 14 mars 1822 (Dalloz, *J. G.*, t. VI, p. 45). Nîmes, 30 mai 1823 (Devill., 7, 2, 222). Caen, 26 janvier 1826 (Devill., 8, 2, 184). Dijon, 28 février 1827, et Cassat., rej., 23 décembre 1828 (Devill., 9, 1, 205; *Palais*, 22, 495.) Voy. aussi, antérieurement, un arrêt d'Aix du 18 janvier 1808 (Devill., 2, 2, 392).

(3) MM. Duranton, t. IX, n° 138. Solon, *Théorie des nullités*, t. II, n° 125. Vazeille, n° 18, sur l'art. 976. Poujol, n° 27, sur l'art. 976. Massé, *Parf. notaire*, t. I, p. 408. Delaporte, *Pandectes françaises*, t. IV, p. 335. Dalloz, ch. 6, sect. 5, art. 7, n°s 1 et suiv. Marcadé, n° 40, sur l'art. 976. Voy., *contra*, Favard, Répert., v° *Testament*, sect. 1, § 4, et Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 976.

(4) Mantica, *De conject.*, ultim. vol., lib. 1, t. IX, n° 11.

(5) Mantica, *loc. cit.*, l. 1, t. IX, n° 2, et l. 1, t. X, n° 2. Voy. un arrêt de la cour de Bourges, du 10 août 1813 (Devill., 5, 1, 59), qui juge qu'un testament écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, revêtu des

Article 977.

Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins ; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

SOMMAIRE.

1656. De la nécessité d'appeler un témoin supplémentaire à l'acte de suscription, lorsque le testateur ne sait signer ou n'a pu le faire.

1657. Le notaire doit mentionner la cause pour laquelle ce témoin a été appelé.

1658. La présence de ce témoin est exigée pour tout l'ensemble de l'opération.

COMMENTAIRE.

1656. Lorsque l'écrit intérieur est signé du testateur, six témoins suffisent pour la perfection de l'acte de suscription ; c'est ce que nous venons de voir dans l'article précédent.

Mais lorsque l'écrit qui contient les dispositions n'est pas signé, soit parce que le testateur ne sait pas signer, soit parce qu'il ne le peut, alors il faut appeler un septième témoin, lequel signe avec les autres témoins l'acte de suscription.

formalités du testament mystique, et qualifié dans l'acte de suscription de testament olographe, peut valoir comme tel, en cas d'irrégularité dans la forme mystique. — Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation, le 6 juin 1815 (Devill., 5, 1, 59).

L'ordonnance de 1735 le voulait ainsi, et notre art. 977 est la reproduction textuelle de l'art. 10 de cette ordonnance.

1657. Le notaire doit faire mention de la cause pour laquelle ce témoin supplémentaire a été appelé. L'omission, à cet égard, constituerait une nullité. Mais peu importe la place de l'acte où se trouve cette mention; il suffit qu'elle s'y trouve positivement (1).

Pour remplir le vœu de la loi, le notaire devra constater que le témoin a été appelé, parce que le testateur n'a pas su ou n'a pas pu signer (2). Dans ce dernier cas, il ne sera pas nécessaire de préciser la cause spéciale de l'impossibilité de signer (3).

1658. Il ne suffirait pas, du reste, que le témoin fût appelé à la fin de l'opération. Il doit, comme les six autres témoins, assister à la présentation, à la déclaration et à tout l'ensemble de l'opération.

Dans une espèce soumise à la cour de Bordeaux, il avait paru douteux, d'après la rédaction de l'acte de suscription, que le septième témoin eût assisté au commencement des opérations. Voici comment le notaire avait dressé l'acte de suscription :

« Aujourd'hui....., par-devant nous, notaire soussigné,
» présents les témoins bas nommés et aussi soussignés, a
» comparu M. Salèles....., lequel a présenté audit notaire
» et auxdits témoins le présent papier ainsi clos et scellé,
» qu'il a dit contenir son testament, qu'il a fait écrire par
» une personne de confiance, qu'il a lu, mais qu'il n'a pas
» signé, n'ayant pu le faire à raison de l'extrême faiblesse
» de sa main.... Mais lesdits témoins ont signé avec le no-

(1) Cassat., rejet de Bordeaux, 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 244).
(2) Furgole, ch. 3, sect. 3, n° 29 (édit. de 1775).
(3) M. Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 977.

» taire. » — « Fait en outre les mêmes jour, mois et an que
» dessus, en présence du sieur Antoine Leyx, témoin expres-
» sément appelé à raison de l'impuissance de signer qu'é-
» prouve le sieur Salèles....., lequel Leyx a signé avec le
» notaire soussigné et les autres témoins plus haut dénom-
» més, le tout après lecture faite. »

On prétendit que cet acte de suscription était irrégulier, en ce qu'il résultait de son contexte que le septième témoin n'avait pas assisté aux présentation et déclaration faites par le testateur, contrairement à la disposition expresse de l'art. 977. Par arrêt du 20 novembre 1833, la cour de Bordeaux (1), sans contester qu'en effet la présence du septième témoin ne fût requise pour l'ensemble de l'opération, s'appliqua à démontrer qu'il résultait du contexte de l'acte que la présence des sept témoins avait été simultanée. En effet, dans la première partie de l'acte de suscription, il était dit que le testateur avait présenté le papier clos et scellé au notaire et aux témoins bas nommés. Quant à la deuxième partie de l'acte, ses termes indiquaient une corrélation nécessaire avec la première, de telle sorte que les deux parties de la suscription s'enchaînaient et ne formaient qu'un seul et même contexte.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la chambre des requêtes de la cour de cassation (2).

Article 978.

Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de disposition dans la forme du testament mystique.

(1) Bordeaux, 20 novembre 1833, rapporté avec l'arrêt de la cour de cassation (Devill., 38, 1, 244).

(2) Cassat., 3 janvier 1838 (Devill., 38, 1, 244).

SOMMAIRE.

1659. Pourquoi ceux qui ne savent pas lire ne peuvent tester en la forme mystique ?

1660. *Quid* des aveugles ?

1661. Peu importe que le testateur sache lire l'imprimé, s'il ne sait pas lire l'écriture.

1662. A qui incombe la preuve que le testateur ne pouvait ou ne savait lire ?

1663. Il n'est pas nécessaire que le testament mystique, écrit par un tiers, mentionne qu'il a été lu par le testateur.

COMMENTAIRE.

1659. Voici les motifs de cette disposition empruntée à l'art. 11 de l'ordonnance de 1735. Celui qui sait et peut lire peut, en dictant ses dispositions, veiller à ce qu'elles soient fidèlement écrites. Au contraire, celui qui n'a pas cette faculté ne peut user de cette surveillance et de cette vérification, et dès lors la loi n'aurait aucune garantie que le papier qu'il présenterait comme contenant ses dernières volontés, les contînt en effet (1).

1660. On a conclu de là qu'un aveugle qui a su lire, mais que la cécité empêche de lire au moment où il veut rédiger ses dernières volontés, ne peut tester par testament mystique (2). La loi romaine (3) interdisait aux aveugles de naissance ou à ceux qui l'étaient devenus par maladie ou accident (*carentes oculis seu morbo, seu ita nati*) de faire leur testament dans une forme autre que la forme orale. On a vu que l'ordonnance de 1735 contenait la même disposition.

(1) Grenier, no 258.

(2) Rousseau-Lacombe sur l'art. 9 de l'ordonnance. Ricard, part. 1, n 1474.

(3) Instit., § 4, *Quibus non est permiss.*, combiné avec la loi 8 au Code, *Qui test. facere possunt.*

En supposant même que le testament que l'aveugle veut faire revêtir de la forme mystique ait été écrit par lui en entier (1), soit qu'il l'ait écrit à une époque où il n'était pas encore atteint de cécité, soit même qu'il l'ait écrit en état de cécité (ce qui peut se faire ainsi que nous l'avons fait observer plus haut)(2), ce testament ne pourrait valoir, d'après les termes précis de notre article, comme testament mystique, parce qu'il peut n'être pas certain que l'aveugle ne s'est pas trompé dans le choix du papier présenté à la suscription. D'un autre côté, il peut avoir écrit plusieurs testaments, et comme il ne saurait vérifier par lui-même l'identité du papier présenté au notaire et aux témoins, il serait exposé à des erreurs et à des surprises contre lesquelles son état de cécité ne lui permet pas de se mettre en garde.

Cependant, hâtons-nous de dire que son testament, étant nul comme mystique et solennel, pourrait valoir comme olographe, s'il était écrit, signé et daté de sa main. On se rappelle ce que nous avons dit ci-dessus de la capacité de l'aveugle pour tester par la forme olographe (3).

1661. Si le testateur savait lire l'imprimé, sans savoir lire l'écriture de main, comme beaucoup de gens illettrés qui se trouvent dans ce cas, il ne pourrait tester en la forme mystique. C'est seulement de l'écriture de main que le législateur a entendu parler ici.

1662. Mais quelle est celle des parties qui doit prouver que le testateur ne pouvait ou ne savait lire? Furgole examine cette question (4) et la résout avec Catellan (5) par les distinctions suivantes :

(1) Furgole, ch. 2, sect. 3, nº 29 *in fine*. Catellan, l. 2, ch. 12.
(2) Nº 540.
(3) Nº 540.
(4) Furgole, *loc. cit.*
(5) Catellan, *loc. cit.*

« Si le testateur avait su lire autrefois et qu'il ne le pût » pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité » sur le défaut de pouvoir lire, à prouver le fait, à moins » que l'acte ne le justifiât, parce que l'aveuglement ou l'af- » faiblissement de la vue est un événement contraire à l'état » naturel (1).... »

« Que si la nullité est opposée de ce que le testateur ne » savait pas lire, ou bien le testament ou l'acte de suscrip- » tion justifie que le testateur savait lire, comme s'il est dit » qu'il a lu sa disposition, ou s'il y a une présomption, » comme si le testateur a signé, ce qui peut faire présumer » qu'il savait lire, celui qui attaque le testament doit être » chargé de la preuve.....; que s'il n'y a aucune présomp- » tion que le testateur sût lire, l'héritier qui soutient le » testament doit être chargé de prouver le fait affirmatif, » parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui ne-* » *gat* (2). »

1663. Il résulte de notre article que le testateur qui fait écrire son testament par une main étrangère, doit le lire pour s'assurer de l'exactitude de sa dictée. Car, pourquoi la loi exige-t-elle que le testateur sache lire, si ce n'est pour faire lui-même cette vérification? Mais aucun texte n'exige que l'écriture intérieure contienne la mention que la précaution dont il s'agit ici a été prise. La loi s'en rapporte à l'intérêt du testateur. Elle suppose que la prudence lui aura fait faire ce que son intérêt lui conseillait. Cependant, s'il était prouvé par le testament même que le testateur ne l'a pas lu, par exemple, parce que son état ne lui permettait pas de pouvoir lire, il ne faudrait pas chercher d'autre moyen de nullité, le testament serait nul par cela seul que le testa

(1) Cassat., chambre des req., 22 juin 1852 (Devill., 52, 1, 699).
(2) Paul, l. 2, D., *De probat.*

teur ne pouvait pas lire (1). Telle est la conséquence précise des termes de notre article.

Article 979.

En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins ; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976.

SOMMAIRE.

1664. La nuncupation n'étant pas de l'essence du testament mystique, le muet sachant écrire pourra tester en cette forme.
1665. Formalités auxquelles, dans ce cas, le muet est assujetti.
1666. Suite.
1667. Suite.
1668. Si l'impossibilité de parler n'a été qu'accidentelle, et que le testateur ait recouvré la parole quand il s'agit de dresser l'acte de suscription, la déclaration écrite n'est plus nécessaire.

COMMENTAIRE.

1664. Cet article est la copie textuelle de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735 ; il trace les formalités du testament

(1) Cassat., rej., chambre des req., 6 messidor an XII (*J. Palais*, t. II, p. 59. Devill., 1, 987).

mystique, alors que c'est une personne ne pouvant parler, mais sachant écrire, qui choisit cette manière de tester.

On n'a pas voulu que le muet (celui surtout que notre article a en vue), ne sachant pas écrire, pût tester par la voie du testament nuncupatif écrit; car il faudrait admettre qu'il fît connaître par signes ses dernières volontés, ce qui est contraire aux lois testamentaires qui, par une rigueur peut-être excessive, veulent que rien ne puisse remplacer la dictée qui est une forme substantielle du testament par acte public (1). Mais lorsque le muet sait écrire, il peut tester *manu holographa* (2); il peut aussi tester par la voie mystique: car la nuncupation n'est pas de l'essence du testament mystique, l'écriture y joue un plus grand rôle que la parole.

1665. Voici donc comment le sourd-muet, ou toute autre personne ne pouvant pas parler, mais sachant écrire, devra procéder. Il commencera par faire un testament olographe, puisque l'acte intérieur qu'il lui est permis de faire revêtir de la forme mystique doit être écrit, daté et signé de sa main.

Remarquez que notre article impose ici au testateur une forme plus stricte qu'au testateur placé dans le droit commun. Ce dernier est dispensé de signer l'acte intérieur, pourvu qu'il soit suppléé à cette omission par l'appel d'un septième témoin dans l'acte de suscription (art. 977, Code Napoléon). Mais l'individu frappé de mutisme ne peut se dispenser de signer l'écriture privée qui contient ses dernières dispositions.

1666. Il y a plus : et bien que la date du testament mystique ne soit pas exigée en général, ainsi que nous l'avons

(1) *Supra*, n° 1449. *Junge* nos 539, 1137, 1138, sur les *Donations entre-vifs*.

(2) *Supra*, n° 1449 *in fine*. *Junge* Colmar, 17 janvier 1815 (Devill., 5, 2, 9). Bordeaux, 16 août 1836 (Devill., 37, 2, 468). Rouen, 26 mai 1851 (Devill., 51, 2, 716).

vu (1), cependant l'art. 979 prescrit au sourd-muet de dater l'écrit intérieur. Ceci tient à ce que les rédacteurs du Code ont reproduit la disposition de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735, qui exigeait la date et de l'acte de suscription et de l'écrit intérieur, et qu'ils ont oublié qu'ils avaient mis de côté la disposition de l'art. 38 de cette ordonnance, qui faisait de la nécessité de la date une règle générale.

1667. Quand l'acte intérieur est ainsi rédigé, le sourd-muet qui veut lui donner plus de solennité en y ajoutant la forme mystique, doit le présenter au notaire et aux témoins, et, à peine de nullité, écrire au haut de l'acte de suscription, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament; après quoi le notaire dressera l'acte de suscription conformément à l'art. 976; seulement, il devra de plus faire mention, à peine de nullité, que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins.

1668. Mais ici se présente un point délicat et qui a fait de sérieuses difficultés. L'impossibilité de parler peut n'être qu'accidentelle; elle peut être occasionnée par une paralysie passagère de la langue. Supposez que le testateur n'ait pu parler au moment où il a fait écrire par un autre ses dernières dispositions, mais qu'il ait recouvré la parole au moment solennel où il faut paraître devant le notaire, et qu'il lui ait déclaré oralement que l'écrit présenté est son testament. Le testament non écrit de sa main sera-t-il valable?

Voici une espèce curieuse où cette question s'est présentée devant la cour d'Orléans.

A la mort d'un sieur abbé Saget, on trouva un testament mystique dont l'acte de suscription, en date du 18 juillet, indiquait que sous l'enveloppe était renfermé, suivant la

(1) Nos 1623, 1650.

déclaration de l'abbé Saget, son testament écrit par un tiers et signé par lui à la date du même jour 18 juillet.

Les héritiers attaquèrent ce testament : Si l'article 976, dirent-ils, permet à celui qui veut tester dans la forme mystique de faire écrire ses dispositions par un tiers, l'art. 979 ajoute que s'il est privé de l'usage de la parole, il est tenu de les écrire lui-même. Or, l'abbé Saget avait, au moment de la rédaction de son testament, complétement perdu la parole par suite d'une paralysie de la langue, et ainsi il n'avait pu le dicter au tiers qui l'avait rédigé pour lui. En conséquence, les héritiers demandaient à faire preuve de ce fait, sans avoir besoin même de s'inscrire en faux. Quant à cette circonstance que l'acte de suscription avait été reçu le même jour et avait constaté la déclaration faite oralement par le testateur, que l'acte présenté était bien son testament, elle devait être sans valeur, attendu, selon eux, qu'il avait dû s'écouler forcément un intervalle de temps entre la rédaction du premier et celle du second.

Un jugement du tribunal de Tours du 9 juillet 1846, autorisa les héritiers à faire la preuve des faits articulés, par le double motif que le testament et l'acte de suscription sont deux actes entièrement distincts, et que si celui-ci fait foi jusqu'à inscription de faux, l'autre ne jouit pas de la même prérogative.

Mais sur l'appel, la cour d'Orléans (1) déclara inadmissible et irrelevante la preuve proposée. Les principaux motifs de son arrêt sont : qu'aucun texte ne porte que, pour disposer dans la forme de l'art. 976, le testateur doit savoir ou pouvoir parler au moment de la confection de l'acte de dernière volonté ; que la loi s'occupe peu de rechercher si c'est par la dictée ou de toute autre manière que le testateur a obtenu

(1) Orléans, 17 juillet 1847 (*J. Palais*, 1847, 2, 490).

du tiers qui a écrit une rédaction éclairée ; et que d'ailleurs le testateur est à même d'apprécier lui-même par la lecture la complète conformité de la rédaction avec sa volonté ; que dès lors, quand l'art. 979 permet, au cas où le testateur ne peut parler, de remplacer la déclaration orale par une déclaration écrite, cela doit nécessairement et uniquement s'entendre de l'impossibilité de parler au moment où cette déclaration orale devrait intervenir.

Nous ajouterons à ces motifs que, jusqu'à l'acte de suscription devant le notaire, le testament n'est qu'à l'état de simple projet. Ce qui le rend définitif, c'est la déclaration du testateur qui lui imprime le caractère de disposition de dernière volonté. C'est donc à ce moment seulement que l'on doit envisager l'état du testateur (1).

Article 980.

Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils.

SOMMAIRE.

1669. Disposition commune aux testaments nuncupatifs écrits et aux testaments mystiques. — C'est au testateur de choisir ses témoins.

1670. Il ne faudrait pourtant pas conclure de cette dernière proposition, que le notaire ne sera jamais responsable de l'incapacité des témoins.

1671. Les témoins doivent être présents à l'ensemble de tout ce qui constitue le testament.

1672. Les témoins doivent être mâles.

(1) Voy. cette théorie développée dans un réquisitoire de M. Daniels, rapporté dans le Répert. de M. Merlin, v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 10.

1673. Ils doivent être majeurs.
1674. Et, en outre, sujets de l'empereur.— Sens des expressions *républicole, regnicole* et *sujet*.
1675. Des mots *citoyen français*, employés dans la loi de ventôse.
1676. Les témoins doivent jouir des droits civils. — Des peines qui empêchent les condamnés de pouvoir être témoins.
1677. De l'incapacité, dans l'ancien droit, des moines, des chevaliers profès de Malte et des novices.
1678. De l'incapacité des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité.—De l'incapacité des sourds et des aveugles.
1679. *Quid* à légard des muets?
1680. Les témoins doivent être connus.
1681. Est-il nécessaire ici que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est reçu?
1682. Dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins testamentaires sachent signer.
1683. De l'incapacité relative des témoins. — Renvoi.
1684. De l'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins.
1685. Le témoin est toujours présumé idoine.
1686. De la capacité putative dans les témoins.
1687. Suite.
1688. Suite.

COMMENTAIRE.

1669. Cet article s'applique aux testaments nuncupatifs écrits comme aux testaments mystiques. C'est par lui que se termine l'exposé des formalités requises dans ces deux manières de tester.

On remarquera que notre article se sert de ces expressions « pour être présents aux testaments, » et qu'il ne dit point » pour assister le notaire, » comme l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI. C'est qu'on a pu vouloir donner le choix des témoins au testateur (1). Aussi M. Bigot de Préameneu (2)

(1) Grenier, n° 247.
(2) Voy. Locré, t. XI, p. 234 *in fine*.

fait-il observer, dans la discussion du conseil d'État, que « c'est le testateur lui-même qui choisit les témoins. » Ce qui a été probablement introduit afin que des hommes inconnus au testateur, et n'ayant pas sa confiance, ne fussent pas initiés au secret de ses dernières volontés.

1670. De cette circonstance, à savoir que les témoins sont appelés par le testateur, on a quelquefois conclu qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de la part du notaire en cas d'incapacité de l'un des témoins, par ce motif que la réquisition de la présence des témoins n'est pas le fait de l'officier ministériel (1).

Mais cette conclusion est fausse, si on veut lui donner un caractère général et absolu. Souvent, en effet, il y a une grande imprudence, de la part du notaire, à ne prendre aucune précaution pour s'assurer de la capacité des témoins. La jurisprudence tend même à se montrer sévère envers lui, parce qu'il est presque toujours le conseil naturel des parties. Ainsi, la cour de Douai (2) a jugé que le notaire n'était irresponsable de l'incapacité des témoins que dans le cas où il serait évident qu'il n'aurait aucune négligence à se reprocher. Un arrêt de la cour de cassation du 15 juillet 1835 (3), a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Orléans du 1er août 1833, qui avait déclaré responsable de la nullité d'un testament un notaire, pour ne s'être pas assuré de la capacité de l'un des témoins.

On peut citer aussi deux arrêts de Lyon rendus dans le même sens : l'un du 16 juillet 1846 (4), l'autre du 5 janvier 1842 (5). Dans l'espèce jugée par ce dernier arrêt, la

(1) Trèves, 18 novembre 1812 (Devill., 4, 2, 198). — V. aussi Colmar, 26 décembre 1860 (Devill., 61, 2, 265).

(2) Douai, 12 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 256).

(3) Devill., 35, 1, 535.

(4) *Journal de Lyon*, p. 11 (1846).

(5) *Journal du Palais*, 1842, 1, 397.

testatrice était une femme très-âgée, mourante, et qui, par la force des choses, s'en rapportait à l'expérience du notaire pour assurer la validité des dispositions qu'elle lui confiait.

1671. Du reste, ces expressions « appelés pour être présents, » que nous venons d'opposer aux expressions employées par la loi de ventôse, ont encore une autre énergie qu'il faut remarquer; elles signifient que les témoins doivent être présents à tout ce qui constitue la confection du testament et à toutes les formalités qui ne peuvent être remplies sans le ministère d'un homme public.

1672. La première condition requise pour pouvoir être témoin d'un testament, c'est d'être mâle.

Les femmes ne peuvent servir de témoins; leur incapacité remonte, à cet égard, au droit romain qui les exclut positivement (1). Doneau en donne cette raison : « *Nimirum ut* » *pro inexperientia sexus non satis intelligens eas fraudes* » *quæ in testamentis subornandis a peritis architectis earum* » *rerum strui solent* (2). »

D'autres interprètes prétendent que la raison de l'exclusion des femmes, c'est qu'il importe que les dernières volontés ne soient pas révélées et que les femmes ne savent pas garder un secret. Ce sont là des raisons peu sérieuses et peu dignes; elles rentrent, du reste, dans cet esprit de dénigrement dont les anciens jurisconsultes sont animés à l'égard des femmes, qu'ils prennent soin de maltraiter en toute occasion. Le véritable motif, c'est que les femmes, soit à Rome, soit en France, n'ont jamais participé à la puissance publique, dont les témoins instrumentaires sont un élément (3).

(1) Ulpien, l. 20, § 6. D., *Qui test. facere poss.*

(2) Doneau, *De jure civili*, l. 6, cap. 7, n° 14.

(3) Dans la distribution des citoyens romains en classes, les femmes n'étaient pas comptées, et, par conséquent, elles ne pouvaient représenter une classe. — Voy. les annotations d'Hilliger *sur Doneau, loc. cit.*

1673. La deuxième condition exigée des témoins, c'est qu'ils soient majeurs, c'est-à-dire qu'ils aient atteint vingt et un ans accomplis.

Il existait, autrefois, une différence sur ce point entre les pays régis par le droit romain et les pays régis par le droit coutumier. Dans le droit romain (1), il suffisait d'être pubère. En pays de coutume (2), il fallait avoir vingt ans accomplis.

Voici la raison que D'Aguesseau donnait de cette différence (3) : « A l'âge de quatorze ans, à Rome, les hommes » étaient capables de tester, de passer toutes sortes de con- » trats par eux-mêmes et par conséquent d'être témoins, soit » des engagements, soit des dernières dispositions des autres » hommes. Parmi nous, au contraire, l'âge de disposer de » ses biens par testament est beaucoup plus reculé ; et parce » que les fonctions des témoins approchent de celles des » notaires et qu'ils partagent avec eux la confiance de la » loi, on ne se contente pas qu'ils aient atteint l'âge de pu- » berté, on désire qu'ils aient le même âge que pour faire » un testament. La capacité du témoin doit suivre et imiter » celle du testateur. »

On voit que le Code ne s'est pas arrêté à ces idées. Car, bien qu'on puisse tester à l'âge de seize ans, il faut avoir vingt et un ans révolus pour être témoin dans un acte public.

1674. Une troisième condition est d'être sujet de l'empereur.

La loi *Hac consultissima* (4) exigeait que les témoins instru-

(1) L. *Hac consultissima*, C., *De testam.*
(2) Art. 39 de l'ord. de 1735.
(3) D'Aguesseau, plaidoyer du 15 mars 1698.
(4) Loi précitée, 21, C., *De testam.*

mentaires employés dans les testaments fussent citoyens romains, et l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, qui n'en était que la répétition, voulut qu'ils fussent regnicoles.

Lors de la rédaction du Code, sous la république, on avait substitué à l'expression de « regnicole » celle de « républicole. » Mais ce mot fut, en 1807, sous l'empire, remplacé par le mot « sujet de l'empereur. » Républicole, regnicole et sujet de l'empereur, doivent donc être regardés comme trois mots synonymes. La conséquence à en tirer, c'est que les témoins doivent être Français. Cependant, on en a tiré une tout opposée (1). On s'est appuyé sur la signification restreinte que l'étymologie des mots regnicole et républicole paraît présenter. On ne pouvait mettre, a-t-on dit, « impéricole » (mot qui n'est pas français); on s'est trouvé alors forcé de mettre « sujet de l'empereur ; » mais on a nécessairement conservé à ce mot le sens de regnicole, c'est-à-dire habitant du royaume.

Pour confirmer que les expressions « sujet de l'empereur » ne peuvent avoir ici que cette signification, on les a opposées aux mots employés par la loi de ventôse : « Le notaire » devra être assisté, dit l'art. 9 de cette loi, de deux témoins » citoyens français. »

Donc, un individu qui ne serait point Français, mais qui serait mâle, majeur et qui jouirait des droits civils en France, un étranger, par exemple, admis par autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, serait capable d'être témoin d'un testament.

Conformément à ce système, la cour de Turin, par arrêt du 18 avril 1809 (2), déclara valable l'acte de suscription

(1) Delvincourt, t. II, note 3, sur la p. 86. M. Vazeille, note 11, sur l'art. 980.

(2) *Palais*, 9, 501.

d'un testament mystique fait à Turin, quoiqu'un des témoins de cet acte, demeurant depuis vingt ans à Turin et jouissant des droits civils, fût né dans une ville dépendante du royaume d'Italie.

Il est vrai de dire qu'entre autres motifs, la cour de Turin se fondait sur ce que, dans la traduction italienne du Code Napoléon, approuvé par décret impérial du 16 janvier 1806, le mot « regnicole » avait été traduit par les mots *dimoranti nel regno*.

Cet arrêt, du reste, est le seul rendu en ce sens, et la question a été résolue depuis longtemps en sens contraire par la jurisprudence (1).

Et c'est avec raison : car, d'abord, le mot regnicole, dans notre ancienne jurisprudence, a toujours été opposé à celui d'aubin (*alibi natus*), et a signifié de tout temps, sujet d'un royaume. Domat (2) définissait ainsi les regnicoles : « Nous » appelons regnicoles les sujets de roi, et les étrangers sont » ceux qui sont sujets d'un autre État. » Du reste, ce qui confirme encore que le mot regnicole est bien certainement synonyme de Français, et par conséquent exclusif des étrangers, c'est que l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, après avoir employé le mot regnicole, ajoute : « à l'exception du » testament militaire dans lequel les étrangers non notés » d'infamie pourront servir de témoins. »

1675. Quant à l'objection fondée sur ce que la loi de ventôse avait repoussé l'expression de regnicole pour employer

(1) Rennes, 11 août 1809 (Devill., 3, 2, 123). Rejet du pourvoi contre cet arrêt par la chambre des req. de la cour de cassat., le 23 janvier 1811 (Devill., 3, 1, 283). Colmar, 13 février 1818 (Devill., 5, 2, 363), et 26 déc. 1860 (Devill., 61, 2, 265). Toulouse, 10 mai 1826 ; et Cassat., ch. des req., 23 avril 1828 (Devill., 9, 1, 85; *Palais*, 21, 1396). *Junge* Merlin, Répert., v° *Témoin inst.*, § 2, n° 3. Toullier, t. V, n° 395. Grenier, n° 247 *bis*, et les notes de M. Bayle-Mouillard. M. Duranton, t. IX, n° 105, etc.

(2) Domat., *Liv. prélim.*, t. II, sect. 2, n° 11.

les mots « citoyens français, » il pourra peut-être en résulter une différence entre le sens de ces deux mots; mais le mot regnicole ne devra pas pour cela simplement signifier habitant du royaume, et rien de plus.

Il faut se reporter, pour se rendre compte de cette différence, à l'époque où la loi de ventôse et le Code furent promulgués.

A cette époque, il y avait une forte nuance entre la qualité de Français et la qualité de citoyen français. La qualité de Français donnait la jouissance des droits civils (1). Mais, d'après l'art. 7 du Code Napoléon, l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, qualité qui emporte avec elle l'exercice des droits politiques. Pour avoir la qualité de citoyen, il fallait, outre la qualité de Français, être âgé de vingt et un ans, se faire inscrire sur le registre civique de son arrondissement, et avoir demeuré depuis un an sur le territoire français. Les droits propres au citoyen français étaient : 1° de faire partie des assemblées politiques de son canton, d'y concourir par son suffrage au choix des membres du conseil municipal, des candidats pour les places de juge de paix et suppléants, et des membres des conseils électoraux d'arrondissement et de département; 2° de pouvoir être promu aux différents emplois.

On demandera pourquoi la loi de ventôse voulait que les actes entre-vifs et les contrats fussent passés en présence de citoyens français, tandis que le Code Napoléon se contente pour les testaments de témoins français. On a dit que c'était par la raison qu'il y avait moins de témoins dans les contrats et que, par ce motif, on devait exiger plus de garantie dans leur personne. Mais on devrait dire aussi que si l'on requiert la présence de témoins plus nombreux dans les testaments, c'est qu'on veut avoir une preuve plus parfaite, une certitude

(1) Art. 8 du C. Nap.

plus entière de la volonté qui fait le fondement du testament. Le fait est que cette différence est capricieuse et qu'elle ne peut être soutenue par aucun bon motif.

Depuis longtemps, du reste, il n'y a plus de liste civique, et par conséquent le moyen de devenir ce qu'on appelait citoyen français n'existant plus, il s'ensuit que tout Français est citoyen français, et que si les lois anciennes mettaient une différence, sous le rapport de la qualité des témoins, entre les testaments et les contrats, cette différence est effacée par l'impossibilité d'exécution (1).

1676. Le témoin instrumentaire doit jouir des droits civils.

Il n'existe plus aujourd'hui de peines qui emportent la perte de la vie civile : on sait que la loi du 10 juillet 1854, en abolissant la mort civile, a abrogé par cela même les incapacités prononcées par l'art. 25 du Code Napoléon.

Mais certaines peines subsistent toujours, qui privent le condamné de la faculté de pouvoir être témoin dans les actes.

Les art. 28 et 42 du Code pénal indiquent dans quels cas cette incapacité est encourue.

Pour les condamnés à une peine afflictive et infamante, la privation du droit d'être témoins est la conséquence de leur peine. Pour les condamnés à une peine correctionnelle, ils n'en sont privés qu'autant que le jugement a prononcé contre eux cette aggravation de peine.

1677. En France, où il était reconnu pour constant que les moines étaient morts civilement, ils ne pouvaient pas plus servir de témoins dans les actes qu'ils ne pouvaient

(1) Voy., sur la question de savoir si le failli peut être témoin dans un acte notarié, un arrêt de rejet de la cour de cassat., du 10 juin 1824 (Devill., 7, 1, 474).

tester. Cette incapacité s'étendait jusqu'aux chevaliers profès de l'ordre de Malte, et l'ordonnance de 1735 avait été jusqu'à y comprendre les novices (1).

Mais ces principes étaient particuliers à la France, ou du moins ils n'étaient pas généralement admis; et en Italie, par exemple, d'après la loi canonique, les moines n'étaient nullement considérés comme privés du droit de cité (2). Dès lors, rien n'empêchait qu'ils ne fussent témoins dans les testaments et autres actes, et j'ai vu la cour de Corse confirmer, par ces motifs, un testament reçu par un notaire en présence de sept témoins moines ou religieux profès attachés à un couvent. Je crois cet arrêt conforme aux lois qui régissaient la Corse à l'époque de la confection du testament, c'est-à-dire au droit romain mélangé du droit italien (3).

Les moines qui existent aujourd'hui en France ne sont frappés d'aucune incapacité par le droit moderne.

1678. Il y a d'autres incapacités sur lesquelles le Code garde le silence, qui sont, néanmoins, importantes à faire connaître.

On sent aisément la raison qui doit faire prononcer l'exclusion des interdits pour cause de fureur et d'imbécillité, à moins qu'ils ne soient dans un intervalle lucide. Ils sont privés du degré de perception qui seul peut rendre apte aux fonctions de témoins. La loi romaine (4) le décide ainsi : « ... *Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos*

(1) Art. 41 de l'ord. de 1735. Furgole, ch. 3, sect. 2, n° 19 *in fine*.

(2) C., *De sacrosanct. eccles. In authent. De Monachis* : « *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque dedicant Deo : nec ergo de his testantur ; utpote nec domini rerum.* »

(3) Voy. Hilliger *sur Doneau*, l. 6, c. 7, n° 12, nov. 8 : « ... *An et monachi qui servis æquiparantur ? Hos non arceri.* » (Clarus, § *Testam.*, quest. 55, n° 7).

(4) Ulpien, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 176, n° 28.

» *mentis non sit : sed si habet intermissionem eo tempore adhi-*
» *beri potest.* »

De même tous ceux conformés de manière à ne pouvoir s'assurer de ce que fait le testateur, ne peuvent servir de témoins : tels sont les sourds et les aveugles (1).

1679. Le droit romain (2) excluait le muet de la faculté d'être témoin ; mais cette prohibition n'est plus admissible aujourd'hui. En effet, pourquoi d'après le droit romain ne pouvaient-ils pas être témoins dans les testaments? Parce que les témoins devaient promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions (repromittere testimonium), ou comme le dit Doneau (3) : « *Quia quod perceperint et recte* » *intellexerint, eloqui et testari non possunt, ut mutus.* » Mais comme cet usage n'a pas lieu en France, il s'ensuit que c'était par abus que notre ancienne jurisprudence n'admettait pas les muets à être témoins, et que leur exclusion ne peut plus avoir lieu sous le Code (4).

Plusieurs auteurs exigent (5), dans ce cas, que le témoin muet appelé au testament sache écrire. Le motif qu'ils en donnent, c'est que ne pouvant exprimer sa pensée que par des signes équivoques, il ne serait pas en état de rendre un témoignage certain de ce qu'il aurait vu et entendu, si par la suite il était appelé à déposer sur les faits qui ont accompagné la confection du testament.

Cette condition est arbitraire; elle n'est prescrite par au-

(1) Instit., § 6, *De test. ordin.* Doneau. *Comm.*, l. 6, c. 7, no 7 : «...*Quia* » *sensu percipere non possunt quod fit, dicitur : non audire ut surdus, non* » *videre ut cæcus.* »

(2) Instit., *loc. cit.*, § 6.

(3) Doneau, *loc. cit.*, n° 9.

(4) Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, § 2, no 4 *in fine.*

(5) Toullier, t. V, no 392. MM. Duranton, t. IX, n° 104. Coin-Delisle, n° 23, sur l'art. 980.

cune loi, ni commandée par aucune raison d'impossibilité morale ou physique.

En droit romain, où la répromission devait toujours avoir lieu, on comprend l'exclusion du muet comme témoin; chez nous, cette exclusion ne se comprend plus, et l'hypothèse d'une inscription de faux est trop secondaire et trop éloignée pour l'expliquer.

Ce que la loi demande aux témoins des testaments, c'est de contrôler, par leur présence aux actes, les déclarations reçues et consignées par le notaire. Or, ce contrôle et cette garantie existent, lorsque le témoin a pu juger avec plénitude de raison et de connaissance de tout ce qui s'est fait devant lui et qu'il l'approuve, soit par sa signature, soit en laissant le notaire attester, sans contradiction de sa part, qu'il aurait signé s'il avait pu ou su signer.

Quant aux témoins qui n'entendent pas la langue du testateur, on peut, en quelque sorte, les comparer aux sourds. Du reste, nous nous sommes déjà exprimé à leur égard (1).

Toutes ces exclusions, quoique n'étant prononcées par aucune loi, sont néanmoins dictées par la raison. Car le but de la loi, en appelant les témoins aux testaments, est de prévenir les surprises et de garantir l'accomplissement des formalités. Il faut donc, pour atteindre ce résultat, que les témoins voient le testateur, qu'ils entendent ce qu'il dit, qu'ils le comprennent et qu'ils puissent certifier que tout ce que l'acte énonce avoir été fait en leur présence, l'a été réellement. Il faut, par conséquent, qu'ils ne soient ni aveugles, ni sourds, et qu'ils jouissent de leur raison.

1680. Les témoins doivent être connus. Car, comment saurait-on si un témoin est capable ou incapable? De là vient que la loi de ventôse an XI (art. 12) veut que tous les

(1) Nos 1525 et suiv.

actes reçus par les notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure.

1681. Nous avons vu plus haut (1) que le Code Napoléon est la loi unique et complète qui régit la forme des testaments, et que le législateur a pris soin de définir la capacité spéciale des témoins testamentaires dans les art. 975 et 980. Ainsi, il suffira qu'un témoin testamentaire réunisse les conditions exigées par ce dernier article, et ne soit pas dans l'un des cas d'incapacité prévus par l'art. 975.

Cependant, on a contesté ce point; on a voulu que le témoin réunît, en outre, les conditions prescrites par l'art. 9 de la loi de ventôse, et notamment qu'il fût domicilié dans l'arrondissement communal où l'acte a été passé.

Ce système, soutenu par M. Toullier (2), a été repoussé par un grand nombre d'arrêts (3). La jurisprudence considère que de deux lois qui statuent sur le même objet, la deuxième doit prévaloir; que la loi du 25 ventôse an XI et le Code Napoléon se sont occupés du domicile des témoins testamentaires; que, si la première veut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal du testateur, la deuxième, moins exigeante, mais non moins explicite, se contente d'un domicile dans les pays et terres de la domination de l'empereur.

(1) N° 1603.

(2) T. V, n° 367.

(3) Bruxelles, 13 février 1808 (Devill., 2, 2, 346). Limoges, 7 décembre 1809 (Devill., 3, 2, 156). Douai, 27 avril 1812 (Devill., 4, 2, 99). Paris, 18 avril 1814 (Devill., 4, 2, 384). Rouen, 16 novembre 1818 (Devill., 5, 2, 428). Bordeaux, 17 mai 1821 (Devill., 6, 2, 416). Orléans, 11 août 1823, et Cassat., rej., 19 août 1824 (Devill., 7, 1, 520). Bordeaux, 18 août 1823, et Cassat., rej. (req.), 10 mai 1825 (*Palais*, 19, 484). Cassat. (chambre civ.), 4 janvier 1826 (*Palais*, 20, p. 11). Cassat., rej. (req.), 3 août 1841 (Devill., 41, 1, 865). Voy., *contra*, cassat. (chambre civ.), 1er octobre 1810 (Devill., 3, 1, 237).

Cette jurisprudence est conforme à ce que nous avons déjà dit de l'inapplicabilité de la loi de ventôse quant à la capacité des témoins testamentaires. Le Code ayant réglé spécialement cette capacité doit seul être appliqué.

1682. C'est par suite du même principe que nous disons que l'art. 14 de cette loi, qui exige que tous les témoins sachent signer, doit être sans effet dans le cas où il s'agit d'un testament public reçu dans une campagne (1). Dans ce cas, la moitié seulement des témoins est tenue de signer. On peut donc, dans certains cas, être témoin sans savoir signer.

1683. Après les cas d'incapacité absolue des témoins, viennent les cas d'incapacité relative. Mais nous avons déjà examiné ces différents cas, et dit ce qu'il faut décider à l'égard des parents, alliés et serviteurs, soit des légataires, soit des testateurs et des notaires (2). Nous renvoyons à ce que nous avons exposé à cet égard.

1684. L'époque à laquelle on doit considérer la capacité des témoins est celle de la confection du testament.

Le droit romain nous fournit, à cet égard, la règle suivante : « *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum* » *signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarent,* » *tales fuerint, ut adhiberi possint, nil nocet si quid postea* » *eis contigerit* (3). »

1685. Une deuxième règle sur la capacité des témoins, c'est que le témoin est toujours présumé idoine, et que, par conséquent, c'est à celui qui veut se faire un moyen de son incapacité à en administrer la preuve (4).

(1) Nos 1593 et suiv.

(2) Nos 1599, 1600, 1601 et 1602 et suiv., 1633 et suiv.

(3) Ulpien, l. 22, § 1, D., *Qui test. facere possunt.* Hilliger *sur Doneau*, l. 6, cap. 7, no 4. Mantica, l. 2, t. X, no 11. Furgole, ch. 3, sect. 1, no 5.

(4) Merlin, Répert., vo *Temoin instrum.*, t. XVII, p. 604.

1686. Nous arrivons à une troisième règle fort importante. La capacité putative suffit dans un témoin. D'où il suit que si le témoin est généralement tenu pour capable, peu importe qu'il y ait eu en lui une incapacité inconnue (1); c'est ce qui résulte, non pas précisément de la fameuse loi *Barbarius Philippus* (2), qui ne peut être citée ici qu'à titre d'argument éloigné, mais de la loi 1 au Code. *De testament. ordinand.*, et du § 7 aux Institutes, *De test. ordin.*, qui décident précisément la question. « *Sed cum aliquis ex testibus,* » *testamenti quidem faciendi tempore, liber existimabatur,* » *postea autem servus apparuit, tam divus Adrianus Catoni,* » *quam postea divi Severus et Antonnius rescripserunt, subve-* » *nire se ex sua liberalitate testamento : ut sic habeatur (fir-* » *mum), atque si, ut oportebat, factum esset ; cum eo tempore* » *quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis li-* » *beri loco fuerit, neque quisquam esset qui ei status quæstio-* » *nem moveret* (3). »

Ce texte est clair ; mais les commentateurs en ont abusé pour lui donner une extension qui n'est nullement dans l'esprit du législateur.

Bartole voulait que celui qui excipait du défaut de qualité des témoins, au temps de la confection du testament, prouvât aussi que la commune opinion était qu'ils étaient incapables (4). C'était supposer qu'un témoin devait avoir été présumé capable par l'opinion publique, quoique le fait de son incapacité fût prouvé. Mais cette erreur d'un grand ju-

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 7. Ricard, part. 1, n° 1357. Merlin, Répert., v° *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 619.

(2) Ulpien, l. 3, D., *De officio prætorum.*

(3) Instit., *loc. cit. Junge* Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 2, t. X, n°s 1 *et seq.* : « *Si communi opinione testes idonei censebantur, testamentum sus-* » *tinetur.* »

(4) Sur la loi *Ad testium*, § *Cond.*, D., *Qui testam. facere poss.*, n°s 1 et 4.

risconsulte a été repoussée par la plupart des docteurs, Balde, Paul de Castro, Mantica (1). La raison en est que l'erreur ne se suppose pas : donc, s'il est prouvé que le témoin n'est pas idoine, on doit supposer que l'opinion le considérait comme non idoine ; c'est à celui qui soutient la validité du testament qu'il appartient de prouver que les témoins avaient la capacité putative au moment du testament.

La capacité putative s'établit non-seulement par la croyance générale et la notoriété publique, mais encore par une série d'actes multipliés qui lui donnent de la consistance et forment comme une possession d'état (2).

1687. Remarquons, du reste, que les lois citées sont surtout applicables au cas où il s'agit d'une incapacité relative aux droits civils et politiques, comme si on avait pris pour témoin un Français mort civilement, mais généralement tenu pour capable, ou un étranger passant dans la commune opinion pour Français (3). La raison en est que le notaire, qui n'a pas de doute sur la vérité de cette opinion, n'a pas de motifs de se livrer à des investigations qu'il n'est pas dans son ministère de provoquer d'office, si rien d'extérieur n'éveille son attention. Le bon sens veut qu'il considère comme capable celui qui passe pour capable aux yeux de tous.

1688. Que s'il s'agissait d'une incapacité tenant à l'âge,

(1) Mantica, *loc. cit.*, nos 4 et 5.

(2) Merlin, Répert., vo *Témoin instrum.*, t. XVII, p. 621. col. *in fine*. Cassat., 1er juillet 1839 (*J. Palais*, 1839, 2, 289. Devill., 39, 1, 653).

(3) Limoges, 7 déc. 1809 (Devill., 3, 2, 56. *J. Palais*, t. VII, p. 911). Grenoble, 14 août 1811 (Dalloz, *J. G.*, t. V, p. 471). Cassat., rejet de Colmar (req.), 28 février 1821 (Devill., 6, 1, 389. *J. Palais*, t. XVI, p. 413). Metz, 28 mars 1822 (Devill., 7, 2, 50). Cassat., rej. (req.), 10 mars 1824 (Dalloz, *J. G.*, t. V, p. 785). Cassat., rej. (req.) 4 août 1824 (Devill., 7, 1, 510). Cassat., rej. (req.), 18 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 429. *J. Palais*, t. XXIII, p. 57). Cassat., rej. (req.), 28 juin 1831 (Devill., 32, 1, 174. *J. Palais*, t. XXII, p. 1751). Amiens, 20 juin 1838 (*J. Palais*, 1838, 2, 515).

au sexe ou à la parenté, il faudrait être beaucoup plus difficile pour la couvrir par la commune erreur (1). Ici, le notaire peut mieux éclairer sa religion. Il y a d'ailleurs des apparences extérieures qui peuvent le frapper dans le cas de majorité putative, ou dans le cas de surprise sur le sexe.

Peu importerait que le témoin se fût dit majeur. Si pareille déclaration pouvait être une excuse, elle deviendrait de style et servirait à éluder la loi (2).

Cependant nous ne voudrions pas dire d'une manière absolue que l'erreur commune ne saurait, dans aucun cas, servir d'excuse pour couvrir la nullité résultant du défaut d'âge ou de la parenté. Il peut se présenter des circonstances exceptionnelles qui ont pu raisonnablement accréditer l'opinion que le témoin était majeur, et l'on ne voit pas pourquoi dans un tel cas on porterait le trouble dans les dernières dispositions du père de famille. C'est ce qui a déterminé la cour d'Aix (3) à maintenir un testament dans les circonstances suivantes :

Un testament avait été reçu en présence de témoins, par un notaire de l'arrondissement de Toulon. Au nombre des témoins de ce testament, figurait un sieur Recoux, alors âgé de vingt et un ans moins trente-trois jours, mais généralement considéré comme beaucoup plus âgé. Dans la circonstance dont il s'agit, Recoux avait déclaré ses qualités et sa filiation avec une entière bonne foi qui l'avait fait accepter pour majeur par les diverses parties intéressées, par le notaire, par les témoins et les autres personnes présentes, sans la moindre opposition et même sans le moindre doute. Du reste, étranger à la commune où il était établi depuis quelque

(1) Toullier, t. V, n° 407.

(2) Arrêt de Turin, du 17 février 1806 (Devill., 2, 2, 117. *J. Palais*, t. V, p. 194).

(3) Aix, 30 juillet 1838 (*J. Palais*, 1839, 1, 367).

temps comme cordonnier patenté, il avait été appelé plusieurs fois déjà à assister, comme témoin instrumentaire, à une série d'actes publics, au nombre de vingt au moins, reçus par un autre notaire de la commune; postérieurement à ce testament et avant sa majorité, il avait encore signé d'autres actes notariés au su et au vu d'une population nombreuse.

Le testament fut attaqué pour cause d'incapatité de ce témoin : mais ces circonstances constituaient évidemment une notoriété publique bien constante; elles étaient trop significatives pour qu'il fût possible de refuser à cette cause l'application du bénéfice de l'erreur commune. Aussi, l'on comprend que, dans cette espèce particulière, la cour d'Aix se soit décidée pour la validité du testament.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

ARTICLE 981.

Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1689. Du testament militaire en droit romain.

1690. Du testament militaire dans l'ancien droit français.
1691. Jurisprudence des pays de droit écrit sur le testament militaire.
1692. Jurisprudence des pays coutumiers.
1693. Suite.
1694. Disposition de l'ordonnance de 1735 sur les testaments militaires.
1695. Formalités prescrites par l'art. 981.
1696. Ceux qui sont employés dans les armées jouissent de la faveur de tester militairement.
1697. Du même privilége accordé en droit romain, dans certaines circonstances, aux simples citoyens.
1698. L'ordonnance et le Code n'ont point reproduit, sur ce point, la disposition du droit romain.
1699. Affaire du testament du comte de Mercy-Argenteau.

COMMENTAIRE.

1689. Dès avant la loi des Douze Tables (1), le droit romain avait introduit une forme de tester particulière aux soldats.

Le soldat, en effet, pouvait faire son testament *in procinctu*, ou, comme le disent les Institutes et Théophile, d'une manière assez bizarre (2), *testamentum procinctum* (3). Au moment où le soldat était appelé à l'armée et allait quitter Rome (4), ou même lorsque, placé sous les drapeaux, il marchait à une expédition ou prenait part à une bataille (5),

(1) Plutarque, *Vie de Coriolan*, n° 11. Heineccius, *Antiq. rom.*, l. 2, t. X, XI, XII, §§ 1 et 3. Hugo, *Histoire du droit romain*, période 1, sect. 2, § 107.

(2) Heineccius, *loc. cit.*, § 1. Hugo, *loc. cit.*

(3) Instit., *De testam. ordin.* Théophile, *Paraphrase des Instit.*, *De test. ordin.*

(4) Hugo, *loc. cit.*

(5) Velleius Paterculus, l. 2, § 5 : «...*Facientibusque omnibus in procinctu testamenta velut ad mortem eundum foret.* »

il pouvait, revêtu de son habit de guerre (1), et en présence de trois ou quatre témoins, déclarer ses dernières volontés (2).

Cette manière de tester, appropriée à l'état de guerre, était environnée de solennités augurales et religieuses (3). Elle était tombée en désuétude du temps de Cicéron (4), peut-être à cause de la négligence des patriciens à conserver dans les armées les rites sacrés (5).

Mais durant les guerres civiles et du temps d'Auguste, on se détermina à rendre aux militaires les priviléges anciennement attachés aux testaments *in procinctu*. Car il était de l'intérêt des chefs de faction et des empereurs, d'inviter au service par beaucoup de priviléges. Jules César fut le premier (6) à rétablir cette faveur, qu'un de nos grands publicistes appelle cajolerie (7).

Il fut imité plus tard par Titus, Domitien, Nerva, et enfin par Trajan, qui lui donna toute la latitude possible pour flatter son armée (8).

(1) *Procinctus*, selon Théophile, *loc. cit.*, signifie : vêtu de l'habit de guerre. *Procinctus est enim*, dit Caïus (comm., 2. § 101), *expeditus et armatus exercitus*. Voy. notre *Préface*.

(2) Plutarque, *loc. cit.*, n° 11. Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

(3) Cicéron, *De natura deorum*, l. 2, ch. 3, t. XXX, p. 150 (édit. Panckoucke).

(4) Cicéron, *loc. cit.* : « ... *Ex quo in procinctu testamenta perierunt*. » On voit, en effet, dans les *Commentaires* de César (*De bello gallico*, 1, 39) et dans Florus (III, 10), à propos d'une expédition de César contre les Germains, les soldats tester dans la forme ordinaire, au milieu des dangers et de l'effroi de la guerre. — Il paraîtrait cependant que le testament *in procinctu* était encore en vigueur du vivant de Caton l'Ancien (Cicéron, *De oratore*, 1, 43). *Junge* Instit., *loc. cit.* Hugo, *loc. cit.*, période 2, sect. 2, § 212.

(5) Heineccius, *loc. cit.*, § 16.

(6) Ulpien, l. 1, D., *De testam. milit.* Maynard, l. 5, q. 92, n° 8.

(7) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, l. 27, ch. 1, note 8.

(8) Ulpien, *loc. cit.*, D., *De testam. milit.* Caïus, comm. 2, § 109. Instit., *De testam. milit.*, § 1. Heineccius, *loc. cit.*, § 16. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 224, n° 1. Gibbon, t. IV, p. 500 : « Julien l'Apostat fit, avant de mourir, » son testament militaire. »

On admettait alors que le soldat pouvait tester militairement en toute occasion (1). Mais plusieurs constitutions (2), notamment une constitution de Justinien, limitèrent ce privilége des soldats au temps des expéditions : « *Cum in expeditionibus occupati sunt* (3). » On verra plus tard ce qu'il faut entendre par expédition (4).

Il résulte de ces innovations impériales que le testament militaire, émané le plus souvent de personnes simples et ignorantes du droit public et civil (5), n'emprunta aucune forme du droit civil, qu'il entra dans le domaine du droit des gens, et qu'il se soutint par la nue volonté du disposant : « *Sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris... ut quomodo testati fuissent rata esset eorum voluntas* (6). »

La loi 15 du Code donne un exemple remarquable de l'étendue de ce privilége : « *Si quid in vagina an clypeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in prœlio vitæ sortem derelinquunt, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet* (7). »

(1) Paraphrase des Instit., par Théophile, *De milit. testam.*, *Proœmium*. Ulpien, *loc. cit.* Heineccius, *loc. cit.*, § 16 *in fine*.

(2) Antonin, l. 1, C., *De testam. milit.* Constantin, l. 15, *eod. titul.*

(3) Justinien, l. 17, C., *De testam. milit.* Institut., *Proœmium, De milit. testam.* : « ...*Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.* » Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 25.

(4) *Infra*, n° 1701 et suiv.

(5) « *Ob nimiam imperitiam,* » dit Justinien aux Instit. : « ...*Propter simplicitatem militarem,* » dit Antonin au Code, l. 3, *De testam. milit.* Voy. cependant Heineccius, *loc. cit.*, § 3.

(6) Formule du mandat impérial, rapporté par Ulpien, l. 1, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 224, n° 1. Voy. Cujas sur le tit. du C., *De testam. milit.*

(7) Constantin, l. 15, C., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p 226, no 12.

Ainsi, un soldat avait valablement disposé de ses biens, pourvu que sa volonté fût prouvée ou par une écriture quelconque, ou par la déposition de deux témoins appelés par lui pour entendre ses dernières dispositions (1).

Ce n'était pas seulement sur les formes qu'on s'était relâché en faveur du soldat des solennités du droit civil; c'était encore sur plusieurs règles tenant aux solennites intérieures des testaments paganiques et aux subtilités du droit.

Ainsi, le testament militaire valait quoique les enfants fussent prétérits (2).

Ainsi, l'institution d'héritier n'y était pas nécessaire (3).

Ainsi, on ne lui appliquait pas la règle qu'on ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus* (4).

Ainsi, le soldat pouvait décéder avec un ou plusieurs testaments, quoique, suivant les règles du droit civil, un même individu ne pût décéder avec plusieurs testaments (5).

Ainsi, il pouvait instituer toutes sortes de personnes, même celles avec lesquelles il n'avait pas la faction du testament (6).

Ainsi, son testament n'était pas rompu par l'agnation de ses héritiers siens, et ne pouvait être attaqué par la plainte d'inofficiosité (7), et il pouvait faire des legs au delà de ce que permettait la loi Falcidie (8).

(1) Furgole, ch. 2, sect. 2, n° 27.

(2) Ulpien, l. 7, D., *De testam milit.* Pothier, *Pand., loc. cit.*, p. 227, n° 12. Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 28, n° 9.

(3) Pothier, *Pand., loc., cit.*

(4) Ulpien, l. 6, D., *De testam. milit.* Cujas sur la l. 7 de Pomponius, D., *De reg. juris.*

(5) Paul, l. 36, § 1, *De testam. milit.* Pothier, *Pand., loc. cit.*, n° 27.

(6) Ulpien, l. 13, § 2, D., *De testam. milit.* Pothier, *loc. cit.*, p. 225.

(7) Ulpien, l. 7, D., *De testam milit.* Marcellus, l. 8, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 29, § *ultim.*, D., *De testam. milit.*

(8) Caïus, l. 17, § 4 *in fine*, D., *De testam. milit.* Heineccius, Instit., t. II, p. 192, 194. Doneau, *loc. cit.*, n°s 9 et 10.

Mais ces priviléges exorbitants, accordés au soldat, cessaient de plein droit un an après qu'il avait quitté les drapeaux. Aussi, le testament militaire était révoqué et annulé si le testateur ne décédait pas dans l'année de son renvoi dans ses foyers ; après ce temps, il rentrait sous l'empire du droit commun (1).

1690. L'usage du testament militaire fut admis et fréquemment pratiqué (2) dans notre ancien droit français ; longtemps il fut valable sans écriture, de même qu'en droit romain.

Froissard (3) a conservé un exemple assez curieux d'un testament militaire verbalement fait en 1388. C'est le testament de Geoffroy Teste-Noire, capitaine breton, qui tenait pour le parti anglais dans les guerres entre la France et l'Angleterre. Assiégé dans le château du Mont-Ventadour, en Auvergne, Teste-Noire fut grièvement blessé dans une attaque faite par les chevaliers et écuyers d'Auvergne et de Limousin. Se sentant alors en danger de mort, Teste-Noire fait approcher près de son lit trente de ses plus fidèles compagnons d'armes ; il leur montre du doigt un coffre qui contient 30,000 fr., dont il veut ordonner et disposer, puis après leur avoir fait promettre d'accomplir loyalement son testament, il s'exprime ainsi :

« Tout premier, je laisse à la chapelle de Saint-Georges, » qui sied au clos de céans, pour les réfections, dix mille » cinq cents francs.

(1) Paul, l. 38, D., *De testam. milit.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 230, n° 35. Doneau, *Comm.*, lib. 6, t. XXVIII, n° 17. Cujas sur le C., *De testam. milit.* Voy. *infra*, n° 1704, art. 984.

(2) Brillon, v° *Testament*, n° 39. Il y a des édits d'Henri III, de 1576 et et 1577, qui décident que les testaments militaires faits pendant les troubles de la Ligue seront valables (Brodeau *sur Louet*, lettre *T*, somm. 8, n° 5).

(3) Livre 3 de ses *Chroniques*, ch. 132 (édit. Buchon).

» En après à ma mie, qui loyaument m'a servi, deux » mille cinq cents francs.

» Et puis à Alain Roux, votre capitaine, quatre mille » francs.

» Et à Pierre Roux, son frère, deux mille francs.

» Et à mes varlets de chambre, cinq cents francs.

» A mes officiers, mille et cinq cents francs.

» *Item* le plus je laisse et ordonne ainsi que je vous dirai.

» Vous êtes, comme il me semble, tous trente compagnons » d'un fait et d'une entreprise; et devez être frères, et d'une » alliance sans débat et riotte, ni estrif avoir entre vous. Tout » ce que je vous ai dit, vous trouverez en l'arche. Si départez entre vous trente le surplus bellement; et, si vous ne » pouvez être d'accord et que le diable se touaille entre vous, » véez là une hache bonne et forte, et bien taillant, et rompez l'arche; puis ne ait, qui ne pourra. »

Le grand coutumier de France (1), composé vers l'an 1409, établit aussi qu'à cette époque les testaments militaires étaient en usage.

Ces testaments, faits de vive voix et sans formalités, étaient alors approuvés et reçus, dit Maynard (2), dans toutes les cours souveraines du royaume. Et c'est ce que confirme Dumoulin (3), qui enseigne que les testaments militaires pouvaient avoir lieu sans solennité et valaient *sine scriptura*.

1691. Mais depuis lors, l'ordonnance d'Orléans de l'année 1560 (4) ayant ordonné que les testaments fussent signés des testateurs, et l'ordonnance de Moulins de l'année 1566 (5) ayant rejeté la preuve par témoins des choses qui excèdent

(1) Livre 2, ch. 40.
(2) L. 5, ch. 93, n° 5.
(3) Art. 13 du ch. 33 de la *Cout. de Nivernais*.
(4) Art. 83.
(5) Art. 54.

100 livres, on se demanda si les testaments militaires pouvaient désormais être dispensés de la solennité de l'écriture.

Là-dessus il s'établit une grande divergence dans la jurisprudence.

Dans les pays de droit écrit on continua de juger, en général (1), que les formalités de l'écriture n'étaient pas nécessaires pour la validité du testament. Maynard (2) dit l'avoir vu souvent juger au parlement de Toulouse et notamment à la deuxième chambre des requêtes, en l'année 1580, pour un testament d'un soldat qui n'avait fait que le déclarer à ses compagnons, au moment d'aller à l'assaut de Puylaurens, où incontinent après il périt sur la brèche.

Louet (3) rapporte aussi un arrêt rendu aux grands jours de Clermont, le 22 novembre 1582, qui reçut une fille à faire preuve par témoins du testament militaire de son père.

Et Bretonnier (4), qui approuve cette jurisprudence, fait observer que ce serait abolir l'usage des testaments militaires que d'exiger un écrit. « Quelle apparence, dit-il, qu'un sol-
» dat qui va au combat ou à l'assaut, ait le temps de faire
» son testament ? Aussi, ajoute-t-il, cela n'est pas nécessaire,
» et quand un soldat ou un officier est blessé à mort, il dé-
» clare sa volonté en présence de ceux qui sont proche de
» lui, lesquels vont ensuite devant le prévôt de l'armée ou
» devant l'un des notaires en faire dresser l'acte (5). »

(1) Bretonnier *sur Henrys*, 5, 4, 37, n° 12.

(2) Liv. 5, c. 93, n°s 11, 12, 13. Voy. aussi liv. 5, c. 17, n° 6.

(3) Louet, v° *Testam. milit.*, somm. 7. *Junge* les arrêts rapportés par Bernard-Automne *sur Bordeaux*, art. 64. Papon, l. 20, t. 1, art. 3. Cambolas, liv. 5, ch. 37.

(4) Observations *sur Henrys*, l. 5, c. 4, quest. 37, n° 13.

(5) Bretonnier, *loc. cit.*, assure avoir vu plusieurs testaments militaires de cette façon, et en outre celui du sieur comte d'Albou, qui fut tué en 1702 dans la guerre d'Italie.

Il n'est pas sans intérêt de voir comment, en pareil cas, les choses se pas-

1692. Mais il en était autrement dans les pays coutumiers (1), surtout dans ceux qui étaient sous la juridiction du parlement de Paris. Malgré l'autorité de Coquille (2), ce parlement, depuis l'ordonnance de Moulins, condamnait tous les testaments nuncupatifs (3), n'admettant pas même d'exception en faveur des militaires (4).

Le Bret (5) rapporte en effet que, sur ses conclusions, en l'audience de la grand'chambre du parlement de Paris, il fut rendu, au mois de juin 1619, un arrêt qui déclara nul, comme ayant été fait sans écrit, le testament du sieur Landry, capitaine, qui avait été tué au siége de Soissons.

C'est pourquoi Henrys (6), quoique écrivant en pays de droit écrit, mais dans une province soumise au parlement

saient, et nous croyons devoir rapporter ici la déclaration du major du régiment de carabiniers auquel le comte d'Albou appartenait.

« *A Monsieur le Grand Prévôt de l'armée en Italie.*

» Sur ce que nous avons appris que messire Claude d'Albou, capitaine » des carabiniers de la brigade d'Aubeterre, aurait été blessé à l'escorte des » fourrages, le 30 juin dernier, à la tête d'une troupe de carabiniers qu'il » commandait, et qu'avant de mourir il avait déclaré sa dernière volonté en » présence de plusieurs personnes, par laquelle il dispose de tous ses biens; » et comme, en ma qualité de major des carabiniers, il est de mon devoir » de mettre en sûreté les effets des officiers après leur mort et de faire mettre » en règle les dernières volontés, je m'adresse à vous, Monsieur, pour » vous prier d'entendre les personnes qui étaient présentes lors de la » mort dudit seigneur d'Albou, qui sont dépositaires de ses dernières vo- » lontés, etc... »

A la suite de cette pièce se trouve le procès-verbal des dépositions des témoins sur les dernières volontés du seigneur d'Albou.

Il n'apparaît pas, du reste, que la validité de ce testament ait été contestée.

(1) Basnage *sur Normandie*, art. 413, p. 201, col. 2.

(2) *Sur Nivernais*, t. XXXIII, art. 13.

(3) 20 décembre 1576 ; 6 juin 1594 ; 10 décembre 1598.

(4) Brodeau *sur Louet*, lettre *T*, somm. 8, n° 4.
Décisions, l. 3, ch. 4.
L. 5, ch. 37.

de Paris, pensait que si la disposition n'était que verbale et nuncupative, la preuve n'en pouvait plus être reçue depuis l'ordonnance de Moulins. Quelle que fût la faveur dont jouissait le testament militaire, rien ne pouvait couvrir, selon lui, le défaut d'écriture.

1693. Toutefois on admettait que le testament d'un militaire pouvait être dispensé des solennités ordinaires (1). Ainsi, par arrêt du 19 mai 1592, un testament fait par un officier en la coutume de Sens ne laissa pas que d'être confirmé, bien que la solennité prescrite par cette coutume n'eût pas été observée (2).

De même aussi, un testament mutuel que s'étaient fait deux officiers d'artillerie au siége de Dôle, fut déclaré valable sur les conclusions de M. l'avocat général Talon (3). Basnage cite un arrêt du parlement de Rouen, du 6 avril 1628, qui valida le testament d'un militaire en expédition, reçu par un cordelier en présence de deux soldats, et non signé du testateur (4).

1694. L'ordonnance de 1735 a mis fin à ces divergences; elle a exigé que toute disposition testamentaire fût écrite, et il n'a plus été permis aux militaires de tester de vive voix. L'art. 27 prescrivit, sur le testament de cette classe de personnes, des dispositions sur lesquelles l'art. 981 a été en partie calqué.

1695. Les formalités dont parle l'art. 981 sont extrêmement simples et ne peuvent donner lieu à de grandes difficultés.

Le notaire est remplacé par un chef de bataillon ou d'escadron, ou tout autre officier supérieur, ou par un commis-

(1) Brodeau *sur Louet*, lettre *T*, somm. 8, n° 4.
(2) Louet, *loc. cit.*, n° 1. Ricard, part. 1, n° 1633.
(3) Brodeau *sur Louet*, *loc. cit.*, n° 3. Ricard, *loc. cit.*
(4) *Sur Normandie*, art. 413, p. 201, col. 1.

saire des guerres, aujourd'hui sous-intendant militaire. Deux témoins doivent les assister, ou même deux commissaires des guerres peuvent instrumenter sans témoins (1).

Quant à la signature du testateur et des témoins, nous en parlerons tout à l'heure dans le commentaire de l'article 998 (2).

1696. Cette faveur de tester militairement n'est accordée qu'à des militaires ou à ceux qui sont employés dans les armées (3). Cette dernière catégorie comprend les chirurgiens militaires (4), les aumôniers, tous le corps de l'intendance, les munitionnaires et fournisseurs, les vivandiers et vivandières, les valets, etc., etc., en un mot tout ce qui est inscrit sur les contrôles de l'armée (ou, comme dit Ulpien, *in numeros relati*) (5), et même ceux qui, sans être inscrits sur les contrôles, remplissent à l'armée un office quelconque qui les fasse assimiler aux militaires.

1697. Dans le droit romain on allait plus loin, et l'on permettait à de simples citoyens *pagani* (6) de tester militairement dans certaines circonstances exceptionnelles (7) ; par exemple, si un président de la province ou tout autre magistrat civil se trouvait exposé aux périls de la guerre, il jouissait, à cause du danger seul qui le menaçait, des mêmes priviléges que les soldats dont il partageait les vicissitu-

(1) Voy. encore *Infra*, n° 1700, art. 982.

(2) Nos 1729 et suiv.

(3) Texte de l'art. 981.

(4) Arrêt du parlement de Dijon, du 10 décembre 1657, rapporté par Taisand *sur Bourgogne*, 7, 4, 19.

(5) L. 42, D., *De testam. milit.*

(6) Suétone, *Vie d'Auguste*, 27; *Vie de Galba*, 29. Pline le Jeune, l. 8, *epist.* 25 ; l. 10, *epist.* 17.

(7) Heineccius, *Elem. juris*, l. 2, t. XI, §§ 505 et 506 ; et *Antiq. romain.*, l. 2, t. X, XI, XII, § 17.

des (1). Il en était de même de toute autre personne civile, quelle qu'elle fût, que le danger enveloppait (2).

Mais ce privilége ne produisait son effet et le testament n'était valable qu'autant que le testateur mourait en pays ennemi (*in hostico*) (3). Que s'il échappait au péril, le testament s'écroulait et devait être refait (4).

Du reste, il faut remarquer ici que ces personnes civiles recevaient leur capacité des circonstances périlleuses dont elles étaient environnées, et que, bien différentes du soldat, elles n'auraient pu tester dans une garnison, dans une station, en un mot, loin de l'ennemi (5).

1698. Ces distinctions n'ont été reproduites ni dans l'ordonnance de 1735, ni dans l'art. 981. Et, en aucun cas, les personnes purement civiles et étrangères à l'armée dont s'occupaient les lois romaines n'ont été admises à tester *jure militari*.

Quant aux personnes qui se trouvent à la suite des armées à cause de leur emploi, lors même qu'elles ne seraient point portées sur les cadres (6), elles jouissent, d'après l'ordonnance et d'après le Code, des mêmes priviléges que le soldat lorsqu'il s'agit de tester. C'est là une classe de personnes qui a été assimilée aux soldats, et il n'est point nécessaire, pour la validité de leur testament *jure militari*, que ceux qui en ont partie soient enveloppés dans un danger pressant et y succombent.

L'art. 981 du Code Napoléon dit : « Les individus em-

(1) Ulpien, l. 1, D., *De bon. possess. ex testam. milit.* Ulpien, l. 44, D. *De testam. milit.*

(2) Ulpien, *loc. cit.*

(3) Cujas, *Recitationes solemnes, in titulo* 13, lib. 37, Dig.

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) *Infra*, n° 1701.

(6) N° 1696.

» ployés dans les armées, » et ne distingue pas s'il s'agit des individus portés ou non sur les cadres.

L'ordonnance de 1735 conduit à la même interprétation, avec des termes plus explicites. L'art. 31 est ainsi conçu :

« Ceux qui n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, » se trouvent à la suite de nos armées ou chez les ennemis, » soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le ser- » vice qu'ils rendent à nos officiers, soit à l'occasion de la » fourniture des vivres et munitions de nos troupes, pour- » ront faire leurs dernières dispositions dans la forme portée » par les art. 27, 28, 29, et dans les cas marqués par » l'art. 30. »

Évidemment cette disposition n'est que le développement de ce que le Code a entendu dire par ces mots : « Les testa- » ments des individus employés dans les armées..... »

1699. C'est, du reste, ce qu'on peut inférer d'un arrêt de la cour de Liége, du 29 prairial an XII (1). Il s'agissait du testament du comte Mercy-Argenteau, ministre plénipotentiaire d'Autriche, attaché à l'armée pour traiter, suivant les circonstances, avec les parties belligérantes. Ce testament avait été fait militairement à Bruxelles, le 6 mars 1794, à trente lieues du théâtre de la guerre, et le testateur était mort à Londres, le 25 août de la même année. Comme, par cet acte, M. de Mercy-Argenteau disposait de biens situés en France, il fut attaqué devant la cour de Liége par les héritiers maternels du défunt, qui lui reprochaient de manquer des conditions nécessaires pour la validité du testament militaire. « Il n'émanait pas, disaient-ils, d'un militaire, et il avait été » fait dans une ville tranquille et loin du théâtre des hosti- » lités. »

(1) Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XIII, p. 719.

Mais le testament fut maintenu (1), parce qu'il fut reconnu que M. de Mercy avait été adjoint par son souverain à ses armées en expédition, pour conduire les négociations que les circonstances auraient pu faire naître relativement à la paix ou à la guerre. Il est vrai que la cause était subordonnée à l'application du droit belge; mais les lois particulières à la Belgique contenaient des dispositions semblables à celles de l'ordonnance et du Code (2).

Article 982.

Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

SOMMAIRE.

1700. Du cas où le testateur est malade ou blessé.

COMMENTAIRE.

1700. Dans le cas ou le testateur est malade ou blessé, la loi offre encore plus de facilité pour tester. Outre les personnes précédemment désignées, l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice, pourra recevoir son testament (3).

Cet article, quoique ne parlant que de l'hospice, s'applique à plus forte raison au malade qui est à l'ambulance (4). Dans ce cas, c'est l'officier chargé de commander le détachement près de cette ambulance qui assistera l'officier de santé.

(1) Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la cour de cassat., du 28 ventôse an XIII (Merlin, *loc. cit.*, p. 738).

(2) Voy. le plaidoyer de M. Merlin, *loc. cit.*, p. 723, col. 1.

(3) Voy. l'art. 27 de l'ord. de 1735, où cet article a été pris.

(4) Jourdan au conseil d'Etat (Locré, t. XI, p. 236).

ARTICLE 983.

Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi ; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

SOMMAIRE.

1701. Qu'entendait-on, en droit romain, par expédition militaire?
1702. D'après l'ordonnance et le Code, pour pouvoir tester militairement, il faut se trouver sur un territoire étranger, ou être renfermé dans une place assiégée.
1703. *Quid* si, la place étant assiégée, il y avait suspension d'hostilités?

COMMENTAIRE.

1701. Nous avons dit (1) que, d'après la constitution de Justinien (2), c'est seulement pendant qu'ils étaient occupés aux expéditions que les soldats pouvaient tester *jure militari*. Mais qu'entendait-on en droit romain par expédition militaire? Fallait-il être nécessairement en bataille rangée? Les commentateurs ont éclairci ce point par leurs recherches et leurs discussions. Il en résulte deux choses : 1° que l'expé-

(1) N° 1689.
(2) L. 17, C., *De testam.*

dition suppose un état de guerre, « un lieu et terre d'hostilités, » comme dit Maynard (1); 2° que le militaire est en expédition lors même que le fait du combat n'est pas encore imminent, lors même que le soldat est simplement en marche, ou en garnison, pourvu que l'état de guerre soit certain.

Cujas (2) dit que tout militaire peut tester militairement lorsqu'il est ou dans une expédition, ou dans un camp, ou dans des retranchements, ou dans des quartiers d'hiver, ou dans une garnison, ou dans des postes fixes. « *Ergo qui in* » *expeditione testatur miles in castris, in fossato, ut loquun-* » *tur, imo et in hybernis, ut meum judicium est, in stativis,* » *in præsidiis, jure militari, testamentum facere potest.* » S'il en était autrement, ajoute-t-il, on serait forcé de n'admettre à cet égard aucune différence entre le militaire et le simple citoyen qui n'a pas les priviléges du soldat (*paganus*); car ce dernier peut aussi tester militairement, pourvu qu'il se trouve sur un champ de bataille ou en présence de l'ennemi, le péril faisant naître pour lui un privilége qui n'est pas attaché à sa condition (3) : « *Alioquin nihil distaret pa-* » *ganus a milite; nam et a pagano in procinctu, in acie, in* » *hostico, quoquo modo testamentum valet* (4).

Godefroy (5) explique dans le même sens les termes employés par Justinien, « *qui in expeditionibus occupati sunt...* » *idque*, dit-il, *sive in castris, sive in fossato, sive in hybernis,* » *sive in præsidiis, sive in stativis, seu sedibus sedatis, sufficit* » *ergo ut fiat in expeditione, licet non in procinctu.* »

On en concluait que partout où le soldat se trouvait pour

(1) L. 5, quest. 17.

(2) Cujas, *Consult.* 49, *Recit. solem.*, *in tit.* C., *De milit. test.*

(3) No 1697.

(4) Ulpien, l. 44, D., *De testam. milit.* L. 1, D., *De bonor. possession. ex testam. milit.*

(5) Godefroy sur la loi 17, C., *De testam. milit.*

un service de guerre se rattachant à une expédition contre l'ennemi (1), il pouvait tester militairement.

Divers arrêts des parlements ont admis cette interprétation (2). Un des plus remarquables a été rendu dans une espèce rapportée par Maynard et prononcé aux fêtes de Noël 1578 (3); il s'agissait d'un écolier qui, enrôlé pour aller en guerre, avait fait son testament devant son capitaine et son sergent-major. Ce testament fut déclaré valable par privilége militaire. Je veux en citer un autre non moins précis. Un homme, venant de s'enrôler à Toulouse, se rend aux Cordeliers et reçoit le Saint-Sacrement; puis il appelle deux religieux, dont un était son frère, et il leur remet un écrit scellé et cacheté qu'il leur dit renfermer ses dernières dispositions; il les prie de témoigner, en cas de mort, que cet écrit contient sa dernière volonté. Huit jours après, cet homme fut tué à l'assaut. Comme ce testament avait été fait sur le départ, il fut déclaré valable, à titre de testament militaire, bien qu'il fût fait en ville et qu'il manquât, du reste, des formalités du droit commun (4).

1702. L'ordonnance de 1735, dans son art. 30, et le Code Napoléon dans l'art. 983, ont limité plus strictement les cas dans lesquels on peut tester militairement. Il faut être hors du territoire français. Quant à ceux qui sont en quartier d'hiver ou en garnison dans l'intérieur, ils ne peuvent disposer par testament militaire qu'autant qu'ils se trouvent dans

(1) Calvinus, *Lexicon juris*, verb. *Expediti milit. Junge* Barry, *De success.* l. 1, t. V, n° 7. J. Clarus, § *Testam.*, quest. 15, n° 12.

(2) Rouen, 16 avril 1628 (Basnage, art. 413, *Normandie*). Toulouse, 16 av. 1648 (Albert, v° *Testam.*, n° 48). Dijon, 10 décembre 1657 (Taisand *sur Bourgogne*, art. 4, n° 19). Voy. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 8.

(3) Liv. 5, quest. 17.

(4) Parlement de Toulouse, 13 avril 1627 (Cambolas, l. 5, 37. Brillon, v° *Testament*, n° 143).

une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre; ce que je ne ferais aucune difficulté d'étendre au cas où une partie du territoire français étant envahie, comme dans les désastres de 1814, l'armée française y serait à l'état de guerre et combattrait tous les jours pour la défense du pays.

Je crois aussi qu'à une place assiégée il faut assimiler une ville en état de siége, parce que le soldat y est exposé à des dangers pareils à ceux du champ de bataille, et que, d'un autre côté, il est soumis à des consignes exceptionnelles et rigoureuses qui le mettent en dehors des communications journalières au moyen desquelles s'accomplissent les actes de la vie civile.

1703. Nous avons dit que notre article ne permet de tester militairement à l'intérieur qu'autant qu'on se trouve dans une place assiégée. Mais s'il y avait suspension d'hostilités et que les communications ne fussent pas interrompues dans la place, pourrait-on encore tester en la forme militaire?

La question s'est présentée devant la cour de Paris en 1815 (1). Voici dans quelles circonstances :

En 1814, le général de division Gratien commandait la ville de Plaisance assiégée par les Autrichiens. Le 25 avril il fit son testament : l'acte fut reçu par un commissaire des guerres qui l'écrivit de sa main en présence de deux témoins, en conformité de l'art. 981 du Code Napoléon. Le général décéda le lendemain.

Le testament fut attaqué. On prétendit que la ville de Plaisance n'était pas assiégée au moment de la confection du testament, et l'on rapportait à l'appui de cette allégation

(1) Paris, 1er décembre 1815 (Devill., 5, 2, 76).

un certificat du podestat ou maire de Plaisance, portant que pendant le cours de l'année 1814, les notaires n'avaient pas été empêchés d'exercer leurs fonctions par la présence des armées étrangères, et qu'ils avaient continué à recevoir tous les actes pour lesquels ils avaient été requis; qu'à la vérité les Autrichiens étaient, les 23 et 24, aux portes de la ville, mais que la nouvelle des changements survenus en France avait fait cesser les hostilités, que les armées avaient même passé une convention et étaient restées fort tranquilles, et que d'ailleurs il n'y avait eu aucun obstacle à la circulation intérieure.

La cour de Paris déclara le testament valable, et entre autres motifs, elle établit que la discontinuation des attaques n'a jamais été prise pour la fin d'un siége, parce qu'il y a nécessairement des intervalles dans les opérations des assiégeants.

ARTICLE 984.

Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1704. Différence entre la loi romaine et le Code quant au délai de déchéance.

1705. *Quid* lorsque, avant l'expiration du délai, le testateur est appelé à une autre expédition ?

COMMENTAIRE.

1704. Nous avons vu ci-dessus (1) que le droit romain

(1) N° 1689 *in fine*.

faisait tomber le testament militaire un an après que le soldat avait été renvoyé dans ses foyers. La disposition de notre article diffère en deux points de la loi romaine. D'abord, le délai, sous le Code, n'est que de six mois; ensuite, ce délai ne commence à courir que du jour où le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires. En droit romain, le délai d'un an commençait du jour où le testateur avait reçu son congé. « *Intra annum* » *quam missus est*, » dit Paul (1).

1705. Mais si avant l'expiration de ce délai le testateur est appelé à une autre expédition, le testament fait pendant la première sera-t-il caduc? Le jurisconsulte romain qui examine cette question (2) est d'avis que le testament doit conserver toute sa force, par cette raison que les deux expéditions sont censées n'en faire qu'une seule.

Ce motif, puisé dans l'équité (*humanius est dicere*), n'est pas inadmissible dans le droit français, et rien n'empêche de venir au secours du soldat qui, obligé de commencer un service d'expédition avant l'expiration du délai de faveur qui lui est accordé, n'a pas été maître de choisir son temps, et voit les nécessités de son service prolonger, pour ainsi dire, les difficultés et les périls qui avaient motivé le privilége dont il avait joui dans la première campagne (3).

Article 985.

Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être

(1) Paul, l. 38, *princ.* D., *De testam. milit.*
(2) Paul, *loc. cit.*, § 1. Voy. Cujas sur cette loi, l. 8, *Quæst. Paul.*
(3) *Infra*, no 1712.

faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

SOMMAIRE.

1706. Du testament fait en temps de peste, dans le droit romain.
1707. Divergence de jurisprudence sur les testaments faits en temps de peste, dans l'ancien droit français.
1708. Disposition de l'ordonnance.
1709. Le Code n'exige que deux témoins.
1710. Compétence pour recevoir ces testaments. — Loi du 9 mars 1822.

COMMENTAIRE.

1706. On comprend facilement le motif qui a fait accorder aux testaments faits en temps de peste des priviléges semblables aux testaments militaires. Il en est, en effet, de la peste comme de la guerre, elles interrompent les communications, et ne permettent pas d'accomplir les actes ordinaires de la vie civile. La guerre et la peste sont comparables, dit Henrys (1), et celle-ci est une guerre d'autant plus dangereuse que c'est Dieu qui la fait aux hommes.

Le droit romain, sans accorder à ces testaments la même faveur qu'aux testaments militaires, permettait cependant qu'on se relâchât, en temps de peste, de la rigueur des formes ordinaires. Ainsi, les témoins n'étaient pas obligés de se présenter tous ensemble; ils pouvaient venir les uns après les autres. Une constitution de Dioclétien et de Maximien l'avait ainsi ordonné (2).

(1) L. 5, ch. 4, quest. 37, n° 7.

(2) L. 8, C., *De testamentis* : « ...*Casus majoris ac novi contingentis* » *ratione, adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid* » *de jure laxatum est : non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas*

1707. Dans les pays de droit écrit, en France, ce principe avait prévalu ; on considérait que l'abandon dans lequel se trouvaient les habitants d'un lieu infecté par la peste, méritait une indulgence particulière, et on les affranchissait dans les testaments de la rigueur des solennités du droit commun.

On allait même plus loin qu'en droit romain. Car on permettait de tester en présence de cinq témoins au lieu de sept. C'était l'avis d'Henrys (1) et de Maynard (2), et on le jugeait ainsi au parlement de Provence et au parlement de Grenoble (3). Bien plus, le parlement de Toulouse se contentait, quand le mal était violent, de deux ou trois témoins (4). La coutume de Bayonne (5) se bornait à exiger, pour les testaments faits en temps de peste, deux témoins mâles ou femelles, que le testament fût par écrit ou sans écrit; et encore, s'il était fait par écrit, l'écrivain était compté pour un témoin.

On était, du reste, fort facile quant à la capacité des témoins. Albert (6) rapporte qu'un arrêt de la grand'chambre, du 16 juillet 1654, jugea qu'un testament fait en temps de peste où il n'y avait que cinq témoins, dont deux femmes et un religieux, était valable et rompait un premier testament où il y avait eu sept témoins (7).

Dans les pays de coutume, au contraire, et notamment

» *perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi* » *atque sociari remissum est; non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.* »

(1) L. 5, ch. 2, quest. 10, n° 3.

(2) L. 5, ch. 16.

(3) Bretonnier *sur Henrys*, l. 5, ch. 2, quest. 10, n°s 6 et 7.

(4) L. 6, ch. 9.

(5) Au tit. *Des testaments*, art. 3.

(6) V° *Testament*, art. 38.

(7) Voy. *infra*, n° 1731.

au parlement de Paris, on refusait aux pestiférés le droit de s'affranchir des solennités ordinaires. On pensait que l'abandon où la maladie laissait le testateur, l'exposait à des influences fâcheuses contre lesquelles la loi devait le prémunir en exigeant rigoureusement l'accomplissement de toutes les formalités destinées à assurer ses dernières volontés.

Brodeau sur Louet (1) cite plusieurs arrêts du parlement de Paris (2) qui annulèrent des testaments faits en temps de peste, parce qu'ils étaient défectueux pour le nombre et la qualité des témoins.

1708. L'ordonnance de 1735 fit cesser ces divergences. Elle décida, par l'art. 33, que deux notaires ou deux officiers de justice pourraient, en temps de peste, recevoir les testaments. Elle n'exigea de témoins qu'au cas où il n'y aurait qu'un notaire, ou un seul officier de justice. Les témoins alors devaient être au nombre de deux. Les prêtres eurent aussi le droit de recevoir ces testaments en se faisant assister de deux témoins.

1709. Le Code a reproduit à peu près cette disposition de l'ordonnance en ce sens, du moins, qu'il n'exige aussi que deux témoins. Il n'est pas douteux, du reste, que la présence de ces témoins à l'ensemble des opérations nécessaires pour la confection du testament, ne doive être exigée. La décision du droit romain qui permettait aux témoins de comparaître les uns après les autres, ne peut avoir ici d'application.

1710. Du reste, les juges de paix et les officiers municipaux ne sont pas les seuls qui soient compétents pour ces sortes de testaments. La loi du 9 mars 1822 (3), relative à la police sanitaire, a attribué aux membres des autorités sani-

(1) Vo *Testament*.

(2) 1re chambre des enquêtes, 30 août 1630 ; 8 mars 1638 ; Pentecôte 1693.

(3) Art. 19.

taires, dans les lazarets et autres lieux sanitaires, le droit de recevoir les testaments conformément aux art. 985, 986, 987.

Article 986.

Cette disposition aura lieu, tant à légard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

SOMMAIRE.

1711. Observation.

COMMENTAIRE.

1711. En temps de peste, dans les lieux infectés, la présence de ceux mêmes qui ne sont point atteints de la contagion est évitée avec le plus grand soin. La difficulté de tester avec les solennités habituelles au testament existe alors aussi bien pour les personnes non malades que pour les personnes malades.

L'article 36 de l'ordonnance de 1735 contenait la même disposition.

Article 987.

Les testaments mentionnés aux deux articles précédents deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne sont point interrompues.

SOMMAIRE.

1712. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1712. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit au sujet de l'article 984 (1).

(1) N° 1704.

ARTICLE 988.

Les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus, savoir :

A bord des vaisseaux et autres bâtiments de l'empereur, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions ;

Et à bord des bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins.

ARTICLE 989.

Sur les bâtiments de l'empereur, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtiments de commerce, celui du capitaine, du maître ou du patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.

SOMMAIRE.

1713. Motifs qui ont fait introduire le testament maritime. — Du droit romain.

1714. Du droit français. — Des ordonnances de Louis XIV en cette matière.

1715. Le Code a permis le testament maritime à tous ceux qui sont sur mer indistinctement.

1716. Formalités différentes, selon que le testament est reçu sur un bâtiment de guerre ou sur un bâtiment de la marine marchande.

COMMENTAIRE.

1713. Il y aurait eu de la dureté à priver ceux qui sont en mer de la faculté de tester, sous prétexte qu'il dépendait d'eux de se précautionner à cet égard avant leur embarquement. D'un autre côté, il aurait pu être dangereux d'attribuer aux testaments faits en mer le même effet indistinctement qu'à ceux qui sont faits avec les solennités requises en général (1). Aussi, la loi y a-t-elle pourvu, et, de tout temps, des règles spéciales ont-elles été tracées pour le testament maritime.

En droit romain ceux qui faisaient partie d'une flotte, officiers ou matelots, pouvaient tester *jure militari*... et la raison qu'en donne Ulpien (2), c'est que *in classibus, omnes nautæ milites sunt.*

Quant aux marins non militaires, on ne voit pas que le droit romain leur ait accordé un privilége analogue.

1714. En France, on s'était montré plus large et il y avait des prérogatives exceptionnelles attachées en matière de testament, tant à la marine marchande qu'à la marine militaire. Deux ordonnances de Louis XIV s'étaient occupées des testaments faits en mer.

L'ordonnance d'avril 1689 (3) permettait, comme le droit

(1) Valin, Préambule du tit. 11 du liv. 3 de l'ord. 1681.

(2) Ulpien, l. 1, § 1, D. *De bonor. test. possess. ex milit.*

(3) Art. 47 du tit. 3 du liv. 4.

romain, aux officiers et aux gens de l'équipage sur les vaisseaux du roi de tester par-devant l'écrivain du vaisseau en présence de l'officier principal de quart qui signait. Émané de personnes appartenant à l'armée, ce testament jouissait des priviléges attachés au testament militaire; il pouvait comprendre l'universalité des biens du testateur. Toutefois, il paraît résulter du texte de l'art. 47 du tit. 3 du livre 4 de cette ordonnance que ce n'était qu'en cas de mort sur mer, que ce testament devait recevoir son exécution.

Les testaments de ceux qui faisaient partie de la marine marchande étaient réglés par l'ordonnance d'août 1681 (1); mais ils n'avaient pas des priviléges aussi étendus que les testaments de la marine militaire. Ils ne pouvaient comprendre que les effets que le testateur avait sur le vaisseau, et les gages qui lui étaient dus (2); et il fallait que l'écrivain du navire, chargé de recevoir le testament, fût assisté de trois témoins (3). Ce n'était aussi qu'en cas de mort sur mer que les dernières volontés du testateur pouvaient recevoir quelque effet (4).

Mais, soit que le testateur appartînt à la marine militaire, soit qu'il fît partie de la marine marchande, son testament n'aurait pas été valable s'il eût été fait au moment de s'embarquer (5). Nous verrons tout à l'heure ce que le marin devait faire pour tester, lorsque, pendant le voyage, il se trouvait à terre momentanément (6).

L'ordonnance de 1735, qui, ainsi que nous venons de le

(1) Liv. 3. tit. 11.
(2) Art. 2 du titre précité.
(3) Art. 1.
(4) Art. 1.
(5) Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Testament*, n° 72. Voy. le texte de l'art. 1 du titre précité : « Les testaments faits sur mer par ceux qui décéderont dans » les voyages... »
(6) Nos 1719 et suiv., sur l'art. 994.

voir (1), régla les formes spéciales des testaments militaires et des testaments faits en temps de peste, ne s'occupa point des testaments maritimes, qui restèrent soumis aux dispositions des deux ordonnances de la marime.

1715. Le Code Napoléon n'a pas adopté la distinction de l'ancienne législation française, entre les marins militaires et les marins de la marine marchande, en ce qui concerne l'étendue de leurs dernières dispositions; il permet à tous ceux qui sont sur mer (2) indistinctement, appartenant à un bâtiment de guerre ou à un bâtiment de commerce, de tester sur l'universalité de leurs biens, en observant certaines formes particulières. Mais il n'exige point, comme nous le verrons tout à l'heure (3), que le testateur meure en mer.

1716. Les articles 988 et 989 indiquent quelles formalités doivent être suivies pour recevoir les testaments maritimes, soit sur les bâtiments de guerre, soit sur les bâtiments de commerce. Les prescriptions de ces articles n'ont pas besoin d'explication; nous nous bornerons à faire remarquer la différence des formalités, selon que le testament sera fait sur un bâtiment de guerre, ou sur un bâtiment de la marine marchande. Dans le premier cas, c'est l'officier commandant qui reçoit le testament avec l'assistance de l'officier de l'administration, tandis que dans le second cas, c'est l'écrivain qui est chargé de recevoir l'acte avec l'assistance du capitaine. On a craint sans doute que, dans ce dernier cas, le capitaine ou le patron ne fût pas suffisamment instruit (4).

(1) Nos 1694, 1708.

(2) Art. 988 : « Les testaments faits sur mer dans le cours d'un » voyage... »

(3) No 1723.

(4) Delvincourt, note 3, sur la p. 89, t. II.

ARTICLE 990.

Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents.

ARTICLE 991.

Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament, seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine ; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

ARTICLE 992.

Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime ; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.

SOMMAIRE.

1717. L'inobservation des formalités prescrites par ces articles n'entraîne pas la nullité de l'acte.

COMMENTAIRE.

1717. Ces articles règlent les précautions à employer pour soustraire le testament fait en mer aux dangers auxquels il est exposé par suite des naufrages et des périls de la navigation. Il s'ensuit que l'omission de ces formalités ne doit pas entraîner la nullité de l'acte. Si donc le testament était fait en premier original et que le testateur vînt à mourir avant que le second ne fût dressé, le testament n'en serait pas moins valable. Il est évident que c'est là une formalité extrinsèque dont l'inobservation ne saurait porter préjudice au testateur et tomber sous le coup de l'article 1001 (1).

Article 993.

Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

SOMMAIRE.

1718. But de la mention exigée par cet article.

COMMENTAIRE.

1718. La mention exigée par cet article n'a d'autre but que de mettre à même les intéressés de se procurer des renseignements sur l'existence du testament; c'est encore là une formalité extrinsèque et précautionnelle, dont l'omission n'entraînerait pas la nullité du testament.

(1) Delaporte, *Pandectes françaises*, sur l'art. 992, p. 356. MM. Vazeille, n° 1, sur l'art. 990. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 990. Marcadé, t. IV, n° 65. Voy. *contra*, Delvincourt, t. II, note 2, sur la p. 89.

ARTICLE 994.

Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français; auquel cas il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait.

SOMMAIRE.

1719. *Quid* lorsque le navire aborde une terre étrangère où il y a un officier public ?

1720. Du cas où la terre abordée est une terre de la domination française.

1721. *Quid* lorsque, sur la terre étrangère dont il s'agit, il se trouve un consulat français?

COMMENTAIRE.

1719. Nous avons dit que l'exception introduite en faveur des marins a pour condition que le bâtiment soit en mer (1).

Si le navire aborde une terre étrangère où il y a un officier public, le privilége du testament maritime cesse. Car il n'a été introduit qu'à raison de l'impossibilité de tester *jure communi* où se trouve le disposant. Le marin ne pourra donc tester que suivant les solennités usitées dans le pays, d'après la maxime *locus regit actum* (2). Ce n'est que lorsqu'il n'y aura pas d'officier public que le testateur pourra tester *jure maritimo:* car alors il est censé en mer (3).

(1) *Supra*, nos 1715 et suiv.

(2) Art. 999 C. Nap. *Infra*, nos 1734 et suiv.

(3) Valin, *comment.* de l'art. 1er du titre 11 du liv. 3 de l'ordonn. de 1681.

1720. Que si le navire aborde une terre de domination française, il faudra distinguer, de la même manière, s'il s'y trouve ou non un officier public : dans le premier cas, le testament devra être fait dans la forme ordinaire; dans l'autre cas, il pourra avoir lieu dans la forme particulière aux testaments maritimes.

1721. Mais quand il se trouve un consulat français sur la terre étrangère où aborde le bâtiment, c'est une question de savoir si, dans l'absence d'officiers locaux et indigènes, la présence des officiers de ce consulat fait cesser les priviléges du testament maritime.

La solution de cette difficulté dépend de ce point : les chanceliers des consulats sont-ils investis de la capacité de recevoir, en présence du consul et des témoins, le testament du Français ? S'ils sont fonctionnaires capables d'exercer cet office public, le privilége du testament maritime ne saurait avoir lieu. S'ils en sont incapables, le Français ne pouvant tester suivant l'usage du pays, puisque nous supposons qu'il n'y a pas, dans cette contrée, d'officiers publics idoines, pourra tester *jure maritimo*.

C'est là une question que nous examinerons dans le commentaire de l'art. 999 (1).

Article 995.

Les dispositions ci-dessus seront communes aux testaments faits par les simples passagers qui ne feront point partie de l'équipage.

SOMMAIRE.

1722. Explication de cet article.

(1) *Infra*, n° 1738.

COMMENTAIRE.

1722. Cet article a eu pour effet de faire cesser le doute sur la question de savoir si les simples passagers ne faisant point partie de l'équipage d'un vaisseau avaient droit de faire un testament maritime. L'art. 2 du t. 11, du liv. 3 de l'ordonnance de 1681 défendait au testateur de disposer, par cette sorte de testament, d'autre chose que des effets qu'il avait dans le bâtiment ou des gages qui lui étaient dus. On en concluait que ce mode de testament n'était autorisé que pour les gens de l'équipage. Mais cette interprétation avait été déjà combattue par Valin (1) et par Furgole (2). Et aujourd'hui un texte positif permet aux passagers de tester en la forme particulière aux testaments maritimes.

ARTICLE 996.

Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'article 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.

SOMMAIRE.

1723. Durée de la validité du testament fait en mer.
1724. *Quid* si, avant l'expiration du délai, le marin entreprend un nouveau voyage sans avoir refait son testament?

COMMENTAIRE.

1723. Nous avons vu que, sous l'ordonnance de 1681, ce n'était qu'autant que le testateur mourait sur mer que son testament pouvait être exécuté (3). Le Code reproduit cette

(1) Valin sur l'art. 1 du tit. 2 du liv. 3 de l'ord. de 1681.
(2) Furgole, ch. 2, sect. 2, nº 9.
(3) Nº 1714.

disposition, et, en outre, il prolonge la validité du testament pendant trois mois, à partir du jour où le testateur est descendu à terre et s'est trouvé dans un lieu où il a pu refaire son testament dans les formes ordinaires.

Nous ferons observer ici que le Code ne distingue pas entre le marin militaire et le marin de la marine marchande. Il en résulte que le marin des bâtiments de l'État, quoique appartenant à l'armée, a pour refaire son testament trois mois de moins que le soldat de l'armée de terre. Il est difficile de donner la raison de cette différence.

1724. Il est possible qu'avant l'expiration des trois mois, le marin entreprenne un nouveau voyage, sans qu'il ait refait son testament. Ici se présente la question que nous avons examinée plus haut (1). Pour la résoudre au point de vue du testament maritime, il faut distinguer entre le marin militaire et le marin marchand. Le premier, à qui des ordres sont donnés pour recommencer un voyage et qui est obligé de s'y conformer, se trouve dans la même position que le soldat privé du délai de grâce de trois mois par un fait qui n'est pas le sien ; il ne sera pas responsable de l'inobservation de notre article, et il faudra équitablement réunir les deux voyages en un seul.

Il ne saurait en être de même du marin marchand, qui ne commence un voyage que par l'effet de sa propre volonté. Il ne peut, par conséquent, s'imputer qu'à lui-même de n'avoir pas refait son testament dans les trois mois à partir de la fin du premier voyage. Nous n'avons pas besoin de dire que cette dernière solution s'applique aussi aux passagers dont le voyage a été réellement terminé, et qui en entreprennent un deuxième pour leurs affaires ou pour leurs plaisirs.

(1) N° 1705.

ARTICLE 997.

Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur.

SOMMAIRE.

1725. Motifs de cette disposition.
1726. La prohibition s'applique aussi bien au testament olographe fait sur mer qu'au testament maritime.
1727. La disposition faite au mépris de cette prohibition serait seule frappée de nullité.
1728. Exception à la prohibition établie par l'art. 997.

COMMENTAIRE.

1725. Cet article a pour but d'empêcher l'influence des officiers du vaisseau sur l'esprit du testateur. Les officiers du vaisseau sont semblables aux médecins et aux confesseurs (1); car les circonstances de la navigation leur donnent un empire et une autorité dont la loi a eu raison de se défier. Remarquez, du reste, qu'il ne s'agit pas ici seulement de l'incapacité de l'officier ou des officiers qui reçoivent le testament. La prohibition de cet article, conforme à l'art. 3 du titre XI du livre III de l'ordonnance de 1681, s'applique à tous les officiers. Toute disposition en faveur d'un officier, faite dans un testament reçu en la forme maritime, sera donc nulle, sauf l'exception que nous verrons tout à l'heure (2).

1726. Ce que nous disons du testament spécial fait en mer, s'applique au testament olographe qui serait fait pen-

(1) Art. 909 du C. Nap.
(2) N° 1728.

dant la navigation. Notre article est général et absolu, et il embrasse tous les testaments quelconques, sans laisser place à des distinctions. Tel était aussi le droit reçu sous l'ordonnance de 1681 (1). C'est ce que Valin a très-bien établi par la combinaison des art. 1, 2 et 3. Il n'est pas probable que le Code ait voulu s'écarter de cet usage. La présomption de captation et de suggestion existe d'ailleurs, ainsi que le démontre cet auteur, aussi bien pour le testament olographe que pour le testament reçu en la forme maritime (2).

1727. Du reste, il ne s'agit pas ici de la nullité du testament en entier, mais seulement de la nullité de la disposition faite au profit de l'officier (3).

1728. L'incapacité de recevoir dont sont frappés les officiers d'un navire, disparaît s'ils sont parents du testateur. Et par parents nous entendons ici les parents jusqu'au douzième degré, puisque c'est jusqu'à ce degré seulement que la loi compte les parents dans la succession, et puisqu'au delà de ce degré la parenté ne produit plus d'effets civils. Autrement il n'y aurait plus aucune limite à assigner à la parenté, qui deviendrait indéfinie (4).

Article 998.

Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut si-

(1) Valin, *comment.* sur l'art. 3 du tit. 11 du liv. 3.

(2) Valin, *loc. cit.*

(3) Delaporte, *Pand. françaises*, sur l'art. 997. MM. Coin-Delisle, n° 2, sur l'art. 997. Vazeille, n° 1, sur l'art. 997.

(4) Maleville sur l'art. 997; M. Duranton, t. IX, n° 167. Voy., *contra*, M. Vazeille, *loc. cit.*

gner, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

SOMMAIRE.

1729. De la signature du testateur dans les trois testaments exceptionnels, militaires, faits en temps de peste et faits sur mer.
1730. La plupart des formalités prescrites pour les testaments ordinaires ne sont point applicables en cette matière.
1731. Il n'y a lieu d'observer que les conditions générales dont la section précédente a fait une règle. — Énumération de ces conditions.
1732. *Quid* à légard de la date ?
1733. Les notaires pourraient-ils recevoir ces testaments exceptionnels dans la forme particulière autorisée par la loi ?

COMMENTAIRE.

1729. Cette disposition concerne les trois espèces de testaments dont il vient d'être parlé : testaments militaires, testaments faits en temps de peste, et testaments maritimes.

Ces testaments doivent être signés par le testateur, à moins qu'il ne déclare la cause qui l'empêche de signer, auquel cas il en est fait mention. Celui qui reçoit le testament est tenu de le signer, et, dans le cas où la présence de deux témoins est requise, l'un d'eux au moins devra le signer, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

1730. Telles sont les formalités prescrites pour les testaments exceptionnels dont il s'agit. Le Code les a rendus aussi simples que possible : il a voulu les dégager de cer-

taines précautions, très-utiles sans doute dans les temps ordinaires, mais dont l'observation eût été trop difficile dans les circonstances de guerre, de peste et de voyage en mer.

Ainsi il ne sera pas nécessaire que le testament du soldat, du pestiféré, du marin, soit dicté comme le testament reçu par acte public dans la forme ordinaire (1). La pensée du disposant pourra être communiquée à l'officier instrumentaire au moyen d'un écrit ou même de signes (2). Le droit romain permettait au soldat de tester par gestes (3), et puisque cette manière si souvent éloquente est approuvée par le droit naturel et par la raison, et qu'il est même reconnu qu'une donation entre-vifs peut se faire par gestes (4), on ne comprend pas pourquoi le soldat grièvement blessé, pourquoi le malade frappé par la contagion, ne pourraient pas déclarer par le langage d'action leur suprême volonté, lorsque nous ne trouvons dans la loi aucun texte qui le défende.

Ainsi encore, les fonctionnaires que, dans ces cas spéciaux, la loi charge de recevoir les testaments, pourront se dispenser de les écrire eux-mêmes (5). Nous avons vu que la loi impose aux notaires l'obligation d'écrire eux-mêmes, alors qu'il s'agit des testaments par acte public (6) et des testaments mystiques (7); mais ici la loi est muette sur cette obligation. Elle ne peut résulter du sens naturel du mot « reçu » dont se servent les art. 981, 982, 989, 991 et 998

(1) M. Coin-Delisle, nº 9, *Observat. spéciales* à la sect. 2 du ch. 5 du tit. 2 du liv. 3.

(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*

(3) *Supra*, nº 1439 et 1558. L. 1 et 4, D., *De testam. milit.* L. 3, C., *De testam. milit.*

(4) Nos 539 et 1137.

(5) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, nº 8.

(6) Nº 1530, sur l'art. 972.

(7) Nº 1637, sur l'art. 976.

du Code Napoléon. Car ce mot n'a pas ce sens par lui-même, ainsi qu'on peut s'en convaincre par le rapprochement des art. 971 et 672. D'un autre côté, la loi de ventôse an XI, qui s'occupe spécialement des actes « reçus » par les notaires, ne leur impose nulle part l'obligation de les écrire eux-mêmes (1). Enfin, on peut dire que la loi, en prescrivant expressément dans l'art. 998 la signature des fonctionnaires chargés de recevoir les testaments spéciaux, semble ne vouloir rien au delà.

Ainsi, enfin, il n'est pas indispensable que l'officier instrumentaire constate que le testament a été lu (2); cette constatation n'est point commandée par les art. 981 et suivants. La loi suppose que la signature ne sera pas donnée par le testateur et par les témoins sans une lecture préalable; cette signature fait supposer que la lecture a été donnée.

1731. Il y a cependant des conditions générales qui doivent être observées dans les testaments dont s'occupe notre section, parce que la section précédente en fait une règle.

Ainsi l'art. 967, qui dispense le testament de contenir une institution d'héritier, et l'art. 968 qui prohibe les testaments mutuels conjonctifs, sont applicables (3).

De plus, l'art. 980, relatif à la qualité des témoins, gouverne aussi les testaments spéciaux dont il s'agit (4). Et l'on ne pourrait plus juger aujourd'hui, comme le faisait le parlement de Toulouse (5), que les témoins d'un testament

(1) Voy. l'art. 13 de cette loi. Il y a plus : une délibération de la chambre des notaires de Paris a même autorisé les notaires à faire usage de formules imprimées pour certains actes qu'ils sont appelés à recevoir : tels sont les actes de sociétés commerciales et les actes concernant les administrations publiques et particulières (Devill., 50, 2, 582).

(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 7.

(3) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 5.

(4) M. Coin-Delisle, *loc. cit.*, n° 17.

(5) *Supra*, n° 1707. Arrêt du 15 juillet 1654.

reçu en temps de peste pourraient être du sexe féminin.

Du reste, quant aux témoins du testament militaire, une instruction donnée par le ministre de la guerre le 24 brumaire an XII (1), rappelle que les témoins doivent être mâles et majeurs.

Les règles tracées par le Code dans l'article 975, sur la capacité relative des témoins, trouvent aussi leur application en cette matière (2); et s'il y avait parmi les témoins un légataire, ou un parent, ou un allié d'un légataire au degré prohibé, malgré sa forme privilégiée, le testament serait nul. C'est encore là un des points prévus dans les instructions du ministre de la guerre.

1732. Mais, ces testaments doivent-ils être datés à peine de nullité? L'article 38 de l'ordonnance de 1735 prescrivait la date pour toute espèce de testament sans distinction. Le Code Napoléon n'en a parlé que pour le testament olographe (art. 970); et quant aux testaments par acte public, ou en forme mystique, la seule disposition expresse qui oblige les notaires à les dater est celle de l'article 12 de la loi du 25 ventôse an XI. Cependant l'obligation de la date nous paraît indispensable. En général, la date est une formalité essentielle des actes (3). D'un autre côté, on ne peut supposer que le Code ait eu l'intention de s'écarter de l'usage général suivi au moment de sa promulgation, et si impérativement prescrit par l'ordonnance de 1735. Comment pourrait-on savoir, sans la date, si le testament a été fait dans une expédition ou en temps de peste, ou bien s'il a été fait sur mer pendant un voyage maritime, ou dans un lieu de relâche où se trouvaient des officiers publics dont la présence faisait tomber le privilége du testament maritime?

(1) Sirey, an XII, 2, 743.
(2) M. Coin-Delisle, *loc. cit*, n° 11.
(3) Valin, *loc. cit.*, sur l'art. 1.

La date est donc une formalité nécessaire, et ce n'est pas recevoir un testament que de le recevoir sans la date qui est destinée à le compléter. Inutile d'observer, du reste, que la date comprend le jour, le mois et l'an, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (1), et c'est encore ce que fait observer Valin dans un cas analogue (2).

1733. On a demandé si les notaires peuvent recevoir aussi, dans les circonstances prévues par la section II, les testaments spéciaux dont il s'agit, en se conformant aux prescriptions des articles 981 et suivants quant au nombre des témoins. Ils avaient ce pouvoir d'après l'ordonnance de 1735 (3), et il n'y aurait pas de raison plausible de leur contester ce droit aujourd'hui. Ils présentent autant de garantie que l'officier dont s'occupe notre section, et les motifs pour réduire le nombre des témoins sont les mêmes, quelle que soit la qualité du fonctionnaire. Nous ne croyons donc pas que le notaire soit astreint, pour un testament militaire ou un testament fait en temps de peste, à suivre les règles ordinaires du testament par acte public (4).

ARTICLE 999.

Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

(1) *Supra*, nos 1479 et 1573.

(2) *Loc. cit.*, art. 1.

(3) Art. 27 et 33.

(4) MM. Coin-Delisle, n° 19, *loc. cit.* Bayle-Mouillard *sur Grenier*, no 278.

SOMMAIRE.

1734. De l'application de la règle *locus regit actum* en matière de testament.

1735. Jurisprudence sous le Code Napoléon.

1736. La forme du testament olographe est une forme solennelle qui appartient à la loi du pays où se trouve le testateur.

1737. Néanmoins est valable, par la puissance de la loi du domicile, le testament fait par un Français en pays etranger.

1738. Les chanceliers des consulats peuvent-ils recevoir les testaments des Français?

COMMENTAIRE.

1734. Cet article permet au Français qui se trouve en pays étranger de suivre la loi municipale à l'égard du testament olographe. Mais lorsqu'il veut faire un testament dans une autre forme, elle le soumet aux solennités usitées dans le pays qui lui donne asile et protection.

Dans ce dernier cas, le Français est obligé d'emprunter à la souveraineté sous laquelle il vit momentanément, les moyens de constater authentiquement sa volonté. Le droit des gens veut que les actes publics fassent foi même hors de la souveraineté où ils ont été passés, encore que les parties soient étrangères. Le commerce des peuples serait grandement gêné si celui qui, hors de son pays, ne peut contracter ou tester que par les seules formes qui sont à sa disposition, trouvait les lois de sa patrie incrédules, de telle sorte qu'elles ne lui tinssent pas compte d'un emprunt que la nécessité l'obligeait à faire (1). De là, la maxime *locus regit actum* (2).

C'est aussi ce qu'avait décidé l'ordonnance de 1735, dont les articles 32 et 37 avaient terminé la grande controverse existant entre les auteurs, pour savoir si le testament devait

(1) Loyseau, *Off.*, l. 1, ch. 6, n° 104.

(2) *Supra*, n° 527. Fœlix, *Traité de droit international privé*, n° 49.

être réglé par la loi du domicile, celle du lieu de la situation des biens, ou celle du lieu de la confection ; ils avaient sanctionné la règle : *locus regit actum.*

1755. Nous citerons ici quelques exemples remarquables de son application sous le Code Napoléon.

Et d'abord, il a été jugé qu'un Français qui est en Angleterre, peut faire son testament suivant les formalités usitées dans ce pays pour les testaments solennels, et qui consistent dans l'apposition de la signature du testateur et de celle de quatre témoins auxquels le testament a été présenté, sans le concours d'aucun officier public (1).

Un second exemple nous est offert dans une espèce où le testateur avait suivi les formes testamentaires usitées en Hongrie. Il a été jugé que le testament fait par un Français dans ce pays est valable lorsque, conformément à l'ordonnance de Presbourg qui y fait loi, il a eu lieu dans la forme nuncupative devant le juge de la noblesse et un assesseur juré (2).

On trouve, en troisième lieu, un arrêt qui décide qu'un Français étant en Sardaigne, avait valablement fait un testament par acte mystique, quoique le notaire qui l'avait reçu n'eût pas écrit de sa main l'acte de suscription, des lettres patentes du 10 octobre 1840 autorisant les notaires de Sardaigne à se dispenser d'écrire eux-mêmes (3).

Enfin, un arrêt de la cour de Pau, du 26 juillet 1853, a déclaré valable le testament d'un Français, fait à la Louisiane,

(1) Rouen, 21 juillet 1840 (*J. Palais*, 1840, 2, 728. Devill., 40, 2, 515). Cassat., rej. du pourvoi dirigé contre cet arrêt, 6 février 1843 (*J. Palais*, 1843, 1, 288. Devill., 43, 1, 209). Req., 26 février 1854 (Dalloz, 54, 2, 108) et 3 juillet 1854 (Dalloz, 54, 1, 313).

(2) Cassat., rej. du pourvoi contre un arrêt de la cour de Colmar, 30 nov. 1831 (Devill., 1832. 1, 51).

(3) Paris, 19 avril 1853 (*Gazette des Tribunaux* du 20 avril 1853. Devill., 1853, 2, 570).

conformément à la loi de ce pays, c'est-à-dire écrit d'une main étrangère et revêtu de la signature du testateur apposée en présence de cinq témoins (1).

Ces exemples suffiront pour mettre dans tout son jour la règle *locus regit actum*.

1736. La forme olographe étant une forme solennelle dans les pays où elle est autorisée, appartient par conséquent aux étrangers. On a élevé des doutes à cet égard, parce que, dans le testament olographe, le testateur est le ministre de sa volonté et qu'il n'a pas besoin du secours des officiers publics du pays. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse. Le testament olographe, quoique écrit par le testateur, n'est pas un écrit sous seing privé ordinaire. Il a une forme solennelle, ainsi que le disait l'article 289 de la coutume de Paris : c'est la loi du pays qui lui imprime ce caractère de solennité. Il appartient donc à l'ensemble des formes publiques et solennelles auxquelles on est obligé de se conformer et qui, du reste, sont toutes égales entre elles sous le rapport de la créance et de l'autorité (2).

L'ancienne jurisprudence offre différents monuments remarquables qui confirment notre proposition.

Jean Milhau, greffier en chef de la cour des aides de

(1) Devill., 1853, 2, 571. — Je citerai encore un arrêt duquel il résulte que le testament oral d'un israélite est authentique, selon la loi des israélites, lorsqu'il a été fait devant deux témoins ayant ou non la qualité de rabbins, qui l'ont recueilli par écrit, et présenté à la chambre de justice ou tribunal rabbinique, laquelle a déclaré ce testament valable ; et en conséquence que le testament fait en cette forme par un israélite français, dans un pays où les lois prescrivant ces formes sont en vigueur, est régulier et doit recevoir son exécution si, comme l'exige la loi judaïque pour la validité du testament oral, le testateur est mort de la maladie dont il était atteint lorsqu'il a disposé. Req., 19 août 1858 (Dalloz, 59, 1, 81 ; *J. Pal.*, 1859, p. 64 ; Devill., 59, 1, 396)

(2) Conclusions de M. l'avocat général Gilbert des Voisins (affaire Pommereuil) (Merlin, Répert., t. XVII, v° *Testament*, p. 751, col. 1 et 2).

Montpellier, avait fait à Paris un testament olographe qui, ayant été argué de nullité, fut déclaré valable par arrêt du parlement de Toulouse du 10 février 1734 (1).

Par arrêt du 15 juillet 1777, il fut aussi décidé au parlement de Paris, qu'un testament olographe fait à Paris par l'évêque de Valence était valable, quoique le défunt eût été de son vivant domicilié en pays de droit écrit (2).

Enfin, par arrêt de rejet de la cour de cassation du 28 prairial an XIII, le testament que M. Brunel, membre de la Convention, domicilié à Béziers, avait fait à la Conciergerie de Paris en la forme olographe, le 15 brumaire an II, fut pareillement déclaré valable (3).

Sous le Code Napoléon la question ne saurait recevoir une autre solution, et c'est ce que prouvent de nombreux monuments de jurisprudence.

Ainsi, il a été jugé qu'un Anglais voyageant en France peut y tester dans la forme olographe, bien que les lois de son pays n'admettent pas cette forme, et que l'exécution de son testament doive être ordonnée par les tribunaux français (4). Mais il faut alors que les prescriptions requises par le Code, pour la validité du testament olographe, aient été fidèlement observées, à peine de nullité (5).

1757. Ce point de droit, si simple du reste, avait été contesté par Ricard, qui n'était pas remonté aux véritables prin-

(1) Furgole, ch. 2, sect. 2, no 22.

(2) Ancienne *Gazette des Tribunaux*.

(3) Merlin, Répert., t. XIII, vo *Testament*, p. 745.

(4) Paris, 7 juillet 1845, et Cassat., 25 août 1847 (Devill., 1847, 1, 712). Orléans, 3 août 1859 (Dalloz, 59, 2, 158; Devill., 60, 2, 37).

(5) Paris, 25 mai 1852 (aff. Conilly, *J. Pal.*, 1852, 2, 232). Cassat., rej. du pourvoi contre cet arrêt, 9 mars 1853 (*J. Pal.*, 1853, 2, 180). Arrêt de la cour de Paris, du 21 juin 1850 (aff. Brandon, *J. Pal.*, 1850, 2, p. 187). Trib. de 1re inst. de la Seine, 21 juin 1826 aff. Forster, *Gazette des Tribunaux*, no 211). Merlin, Répert., vo *Testament*, sect. 2, § 4, art. 1, no 3, p. 743. Fœlix, *Droit international*, no 55. *Supra*, nos 527, 1465.

cipes de la matière (1). Mais cet auteur avait ouvert un point de vue ingénieux, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français dans un pays où cette forme n'est pas adoptée. Il pensait qu'en ce cas le testament olographe était valable par la puissance de la loi du domicile. Le testateur, disait-il, est seul le ministre de ses dispositions; il tient de la loi municipale la capacité de tester et le caractère nécessaire pour imprimer la solennité à sa volonté. Ce caractère est comme inhérent et attaché à sa personne; il peut en user où il se trouve, parce qu'il en est partout accompagné. Mais cette opinion, bien qu'approuvée par Boullenois (2), était assez généralement repoussée dans l'ancienne jurisprudence.

Furgole (3) combattait Ricard, qu'il mettait en contradiction avec lui-même en lui opposant un passage de son traité *Des donations* (4). C'était aussi l'avis de Pothier (5). Le fondement de cette manière de voir était la stricte application de la règle *locus regit actum*. Cette règle semblait mettre un obstacle invincible à ce qu'on pût faire un testament olographe dans un pays où cette forme était proscrite.

M. de Pommereuil, domicilié à Paris, avait fait un testament olographe dans la ville de Douai, où cette forme de testament n'était pas reçue. Par arrêt du parlement de Paris du 25 janvier 1721, le testament fut annulé (6). Les con-

(1) Ricard, dissertation posthume imprimée à la suite de son traité du *Don mutuel*, ch. 7, no 311.

(2) *Des statuts réels et personnels*, part. 2, t. II, ch. 3, *observ.* 34.

(3) Ch. 2, sect. 2, no 22.

(4) Part. 1, no 1580. Dans ce passage, Ricard soutient que la date est requise au testament olographe pour juger de la validité et pour reconnaître si les lois qui s'observent dans le lieu où il a été fait permettent de faire un testament olographe.

(5) *Traité des donat. testam.*, ch. 1, art. 2, § 1.

(6) Furgole, *loc. cit.* Brillon, vo *Testament*, nos 12, 13, 14.

clusions de M. l'avocat général Gilbert des Voisins (1), conformes à l'arrêt, roulent sur cette idée que la validité de l'acte doit se juger par la loi du lieu où il a pris l'existence.

Plus anciennement un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1620, avait jugé qu'un testament olographe fait à Bruxelles par un domicilié à Paris était absolument nul (2).

De même, un autre du parlement de Paris annula le testament d'un Parisien fait sous la forme olographe à Rome, où elle n'est pas admise (3).

Enfin, un arrêt de cassation du 26 août 1806 déclara nul le testament fait à Bordeaux en la forme olographe, par un marchand de Paris (4); Bordeaux étant un pays de droit écrit, ne reconnaissait pas la forme olographe (5).

Quelle que soit la gravité de cette jurisprudence, l'art. 999 du Code Napoléon ne s'y est pas conformé; il a donné la préférence à l'opinion de Ricard. Une exception notable a été faite à la règle *locus regit actum*. Entre le testament olographe et le testament par acte public fait en pays étranger, il y a cette différence que les tribunaux français doivent juger de la validité du testament olographe par la loi du domicile, qui est la loi française, tandis qu'ils doivent juger du testament par acte public par la loi du pays où il est fait.

Cette différence s'explique par de très-bonnes raisons. Le Français qui a fait son testament olographe en pays étran-

(1) Voy. ces conclusions au t. XVII du *Répert. de jurisp.* de M. Merlin, v° *Testament*, p. 750 à 752.

(2) Merlin, *Répert. de jurisprudence*, t. XIII, v° *Testament*, col. 2, p. 444.

(3) Arrêt du 14 juillet 1722 (*Journal des Audiences*, t. VII). Pothier, *loc. cit.*

(4) Merlin, *loc. cit.*, p. 476, col. 1.

(5) Voy. toutefois un arrêt du parlement de Paris, du 30 avril 1625, cité par Brillon, v° *Testament*, p. 588, col. 2. Cet arrêt valide le testament olographe d'un Poitevin qui, par la loi de son domicile, pouvait tester en cette forme, et qui avait ainsi testé en Angoumois.

ger, est resté fidèle à sa loi municipale; il n'a pas eu besoin du concours de l'autorité du pays où il se trouve; il s'est souvenu de sa loi d'origine; il a profité d'un bénéfice qu'elle lui accorde, et plus il lui a donné la préférence sur des formes étrangères, plus il doit être protégé par elle, à cause de l'appui qu'il lui a demandé pour ses dernières volontés. Son testament est tout à fait français, puisqu'il est l'expression de la volonté d'un Français, et qu'il a eu ce Français pour ministre. Une main étrangère n'y a pas pris part. Pourquoi donc une loi étrangère serait-elle invoquée pour le juger et l'annuler? Au contraire, lorsque le Français hors de sa patrie fait un testament qui a besoin du secours de l'autorité étrangère, il faut qu'il fléchisse devant cette autorité qui le protége; il faut qu'il en adopte les formes et les solennités.

1758. C'est ici le moment de s'occuper de la question que nous avons annoncée plus haut (1), et qui consiste à savoir si les chanceliers des consulats sont investis de la capacité de recevoir, en présence du consul et des témoins, les testaments des Français.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1681, cette question était tranchée par l'art. 24 du t. 11 du livre Ier de cette ordonnance, ainsi conçue : « Les testaments reçus par le chan-
» celier dans l'étendue du consulat, en présence du consul
» et de deux témoins et signés d'eux, sont réputés so-
» lennels. »

Mais le Code Napoléon n'ayant point reproduit cette disposition dans le chapitre que nous commentons et qui contient une codification complète des testaments, on a douté de la capacité des chanceliers et des consuls pour la réception des testaments faits par les Français voyageant ou rési-

(1) No 1721.

dant à l'étranger. On a surtout argumenté (1), dans ce système, de l'art. 999 qui règle spécialement les conditions du testament fait par le Français en pays étranger et qui, par son silence sur la compétence des chanceliers, paraît abroger implicitement les dispositions de l'ordonnance de 1681 à leur égard. En outre, comme la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) porte que les ordonnances, règlements et coutumes cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet du Code, on a considéré l'ordonnance de 1681 comme formellement abrogée par l'art. 999, qui ne prescrit pour le Français que deux modes de tester en pays étranger.

C'est ce qu'a jugé le tribunal de la Seine (2) au sujet du testament du général Dugommier, reçu le 10 thermidor an XIII, à la chancellerie du consulat d'Amsterdam. Ce jugement, en date du 19 mars 1825, annula le testament par le motif que, n'étant dans aucune des formes prescrites par l'art. 999, il ne pouvait valoir ni comme testament olographe, ni comme testament solennel.

Nous ferons remarquer que, sur l'appel, la question, quoi qu'on en ait dit (3), est restée indécise, et si ce jugement a été confirmé, c'est par des raisons qui n'ont pas trait à notre difficulté (4). L'appelant devant la cour avait soutenu que le 10 thermidor an XIII, date de la réception du testament, le Bulletin des lois et la partie du Code Napoléon concernant les donations et testaments, n'avaient point encore été transmis au consulat d'Amsterdam ; qu'il n'y

(1) Grenier, n° 280. MM. Duranton, t. IX, n° 160. Vazeille, n° 2, sur l'art. 994. Poujol, n° 4, sur l'art. 997.

(2) 19 mars 1823 (*J. Pal.*, t. XIX, p. 853).

(3) MM. Coin-Delisle, n° 15, sur l'art. 999. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, note c, du n° 280.

(4) Paris, 27 août 1825 (*J. Pal.*, t. XIX, p. 853).

avait point eu, par conséquent, de promulgation de la disposition qui abrogeait l'ordonnance de 1681 ; qu'ainsi le chancelier du consulat n'ayant point cessé d'être investi des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'ordonnance de 1681, avait pu recevoir valablement le testament du général Dugommier.

Or, c'est en se plaçant dans cette hypothèse, la plus favorable à l'appelant, que la cour, sans entrer dans l'examen de la capacité du chancelier, prononça, par un autre moyen, la nullité du testament. Elle se fonda sur ce que, bien que l'ordonnance exigeât la signature du consul, à peine de nullité, le testament du général Dugommier n'était pas signé par ce fonctionnaire.

Quoi qu'il en soit de ces décisions, il est certain que des doutes sérieux régnaient dans les esprits et le ministre des affaires étrangères lui-même semble les avoir partagés un instant ; car il prescrivit, le 2 novembre 1815, aux chanceliers des consulats de s'abstenir provisoirement de recevoir les testaments.

Mais cette abstention fut trouvée gênante par nos nationaux voyageant à l'étranger ; des réclamations s'élevèrent et la question fut soumise à une étude longue et réfléchie (1). Enfin, le 22 mars 1834, une circulaire du ministre des affaires étrangères concertée avec le garde des sceaux a rapporté la décision de 1815 et donné ordre aux chanceliers de recevoir désormais, comme auparavant, les testaments des Français, conformément à l'ordonnance de 1681.

Des considérations puissantes justifient la compétence de ces officiers. Refuser aux chanceliers de consulat le droit de recevoir des testaments, c'est, dans certains pays tels que

(1) Instruction spéciale 30 novembre 1833 (Hauterive, *Traités de commerce*, t. X, p. 243).

le Levant et la Barbarie, enlever la faculté de tester au Français qui ne sait pas écrire; c'est l'exposer, dans tous les cas, aux vices de forme résultant de l'inexpérience des officiers étrangers, souvent peu capables. D'un autre côté, on ne saurait voir une abrogation de l'ordonnance de 1681 dans l'art. 999 du Code ; car, à l'époque de la rédaction de cet article, la compétence des consuls était en pleine vigueur dans les pays étrangers, et notre article l'a maintenue par la disposition qui autorise le Français à tester avec les formes « usitées » dans le lieu où l'acte est passé. Comment supposer que l'intention du Code aurait été d'abroger (et d'abroger sans le dire) l'ordonnance de 1681, fondée sur les plus rigoureuses nécessités?... Comment croire qu'il aurait voulu enlever au Français, voyageant en pays étranger, un moyen de tester qui offre beaucoup plus de garantie que l'acte du pays où il se trouve (1)?

(1) Voy. en ce sens, Delaporte, *Pand. françaises*, no 303, sur l'art. 994. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 88. Merlin, Répert, t. XVII, vo *Testament*, p. 743, col. 2. MM. Dalloz, *Jurisp. gén.*, ch. 6, sect. 6, no 4. Coin-Delisle, nos 8 et suiv., sur l'art. 999. Marcadé, t. IV, no 89.

Voici, du reste, le texte même la circulaire du 22 mars 1834 :

« Paris, le 22 mars 1834.

» Monsieur, l'instruction spéciale approuvée par le roi, le 30 novembre dernier, relativement aux actes et contrats passés dans les chancelleries consulaires, vous a fait connaître que l'on s'occupait d'examiner de nouveau la question de savoir si les chanceliers pouvaient recevoir les actes de dernière volonté, qualifiés de « solennels » par l'ancienne jurisprudence, et que le le Code civil appelle « testaments par acte public. »

« Cet examen est terminé, il en résulte que la circulaire ministérielle du 2 novembre 1815 doit être considérée comme non avenue. Elle ne se fonde, en effet, monsieur, pour inviter provisoirement les consuls à s'abstenir de prêter leur ministère, en ce qui concerne les testaments, que sur l'article 999 du Code civil, qui aurait établi une nouvelle forme pour la réception de ces actes à l'étranger, et sur l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), portant que les ordonnances, règlements et coutumes cessent d'avoir force de

loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet du Code civil. Or, une plus mûre appréciation de ces deux dispositions a conduit à reconnaître qu'en admettant que l'art. 999 du Code civil comprenne les testaments reçus par les chanceliers, ce ne peut être que pour les consacrer implicitement, puisqu'il dit qu'un Français à l'étranger pourra tester par acte authentique, « avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé, » et que la réception des testaments par les chanceliers de consulats était précisément une de ces formes usitées à l'époque où fut promulgué l'art. 999 ; qu'en supposant, au contraire, que ce même article ne concerne pas les testaments reçus par les chanceliers, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII n'est pas alors applicable dans l'espèce, puisqu'il n'a trait qu'aux matières qui font l'objet du Code civil. Ainsi donc, et malgré l'opinion émise dans la circulaire du 2 novembre 1815, nous avons pensé, M. le garde des sceaux et moi, que nos lois nouvelles n'ont réellement porté aucune atteinte au droit accordé aux chanceliers de consulats par l'art. 24 (t. IX, liv. 1) de l'ordonnance de 1681.

» J'ai mis cette décision sous les yeux du roi, et je lui ai, en même temps, exposé les inconvénients de l'état de choses actuel. Sa Majesté a considéré que suspendre plus longtemps l'exercice d'une attribution qui appartient depuis si longtemps aux chanceliers, c'est dans certains pays, notamment au Levant et en Barbarie, priver absolument de la faculté de tester les Français qui se trouvent hors d'état de le faire par acte olographe, et que c'est les exposer, même dans les pays dont les institutions et les mœurs sont plus rapprochées des nôtres, aux nullités qu'en traîne une rédaction vicieuse, puisqu'ils se voient forcés de recourir à des officiers auxquels on ne doit généralement supposer ni une connaissance suffisante de nos lois, ni même une intelligence parfaite de nos termes de jurisprudence. L'intention du roi est donc que, rentrant en possession du droit que leur a conféré, dans l'intérêt de nos nationaux, l'ordonnance de 1681, les chanceliers reçoivent désormais, comme avant 1815, les testaments des Français qui s'adresseront à eux pour tester par acte public.

» Les formes prescrites par l'art. 24 (t. IX, liv. 1) de cette ordonnance seront alors strictement observées, c'est-à-dire que les consuls devront être présents, ainsi que deux témoins, qui signeront avec le consul et le chancelier.

» Les testaments seront reçus en minute, sur feuilles volantes, et inscrits sur les registres-minutes, conformément à l'instruction royale du 30 novembre 1833. Quant aux témoins qui assisteront à la réception des testaments, ils devront, autant que possible, remplir les conditions prescrites par l'art. 980 du Code civil, et être, de plus, immatriculés au consulat.

» Sa Majesté a pensé, d'ailleurs, que la faculté de recevoir les testaments suivant la forme solennelle, n'étant accordée aux chancelleries que dans l'intérêt des Français qui ne sauraient recourir à un autre mode pour la constatation de leurs dernières volontés, il est dans l'esprit de l'ordonnance de

1681 que les consuls invitent les personnes qui se présenteront pour tester, à faire, de préférence, toutes les fois qu'elles en auront la possibilité, des testaments olographes, dont le dépôt seulement serait effectué en chancellerie.

» Il peut également arriver, monsieur, que des Français voulant faire leur testament dans la forme mystique, s'adressent aux chancelleries consulaires; les chanceliers, assistés des consuls, se conformeront alors aux art. 976, 977, 978 et 979 du Code civil. L'acte de suscription sera signé, tant par les témoins, dont le nombre sera celui qui est fixé par l'art. 976, que par les consuls et les chanceliers, et il fera mention de leur présence à toute l'opération.

» Enfin, monsieur, les consuls et les chanceliers se conformeront, pour la garde, et, s'il y a lieu, pour la transmission en France des testaments, tant solennels que mystiques, déposés en chancellerie, aux dispositions que prescrit, relativement aux testaments olographes, l'instruction royale du 30 novembre 1833.

» Il est bien entendu que la présence des consuls à la réception des testaments est indispensable, lors même que leur chancelier est nommé par le roi.

» Vous voudrez bien, monsieur, m'accuser immédiatement réception de cette circulaire, et la faire enregistrer dans votre chancellerie.

» Recevez, monsieur, etc.

» *Signé*, V. BROGLIE. »

Parmi les considérations que cette circulaire fait valoir, il en est une qui m'a paru avoir besoin d'explication. Comment se fait-il qu'au Levant et en Barbarie les Français soient absolument privés de la faculté de tester selon les lois du pays? N'y a-t-il pas sur les lieux des officiers publics indigènes compétents pour recevoir les testaments des nationaux et des étrangers?

Voici la note que M. de Lesseps, directeur des consulats, a bien voulu me transmettre sur ce point :

« Si les officiers publics étrangers (on veut sans doute parler des cadhys et de leurs substituts, puisqu'il s'agit pour nous du Levant et de la Barbarie) avaient la faculté de recevoir les testaments des Français, les plus graves inconvénients résulteraient de cet état de choses. En effet, ces fonctionnaires sont trop ignorants de nos lois; ces lois diffèrent trop des leurs; ces agents de l'autorité, généralement dominés par la cupidité, sont trop faciles à séduire; ils nourrissent trop de haine, trop de mépris pour les chrétiens; ils sont enfin trop pénétrés de la légitimité du droit d'aubaine, pour qu'on puisse confier sans danger à leur fidélité des actes d'où dépendent la fortune et le sort des familles. Les agents diplomatiques, négociateurs des traités de la France avec la Porte, ont été tellement imbus de cette vérité, qu'ils semblent n'avoir été préoccupés dans leurs stipulations que d'une seule idée,

celle d'empêcher les dépositaires de l'autorité civile et militaire mahométane de s'immiscer dans les affaires des Français. Ils ont voulu écarter de leurs intérêts une main avide et spoliatrice ; ils les ont ainsi soustraits, autant qu'ils l'ont pu, à l'action de la justice locale, et les ont rendus justiciables des lois de leur propre pays. L'art. 22 des *Capitulations*, qui se rattache jusqu'à un certain point à la présente question, porte : « Si un Fran-
» çais vient à mourir, ses biens et effets, sans que personne puisse s'y ingé-
» rer, seront remis à ses exécuteurs testamentaires ; et, s'il meurt sans tes-
» tament, ses biens seront donnés à ses compatriotes par l'entremise de leur
» consul, sans que les officiers du fisc et du droit d'aubaine puissent les
» inquiéter. » La défense réitérée, pour tous les officiers civils et militaires mahométans de s'immiscer, de s'ingérer dans les affaires des Français, forme le texte de chaque clause de ces *Capitulations*. En vérité, quand on lit ces traités, on se demande comment les sultans qui y ont apposé leur seing ont pu sanctionner ainsi ces stipulations, reconnaissance implicite de l'iniquité, de la vénalité des agents de leur autorité. La tradition drogmanale n'a point oublié ce mot d'un fonctionnaire mahométan à un interprète qui le pressait, au nom de son consul, de terminer une affaire : « Écoutez, monsieur l'inter-
» prète, lui dit-il, tant que votre consul ne m'aura point fait rougir (n'aura
» point stimulé mon bon vouloir par des présents), son affaire ne sera point
» menée à bonne fin. » Ce que nous disons ici des agents de l'autorité civile et militaire et des magistrats, s'applique également aux officiers publics, aux notaires. La réception des testaments entre d'ailleurs, comme je l'ai dit, dans les attributions des cadhys et de leurs substituts. Ainsi, quand la Porte a accepté le rejet par nous de l'intervention de ses fonctionnaires dans la plupart des transactions de nos nationaux, transactions qui, dans d'autres pays, sont du ressort de la justice locale, pourquoi irions-nous spontanément au-devant d'un danger que nous pouvons éviter ? Pourquoi confierions-nous le dépôt de nos dernières volontés à des officiers suspects ? Nous ne craignons point de l'affirmer : si les cadhys ou leurs substituts, ou tous autres officiers publics, étaient mis en possession du droit de recevoir les testaments des Français, la garde de ces actes solennels ne leur serait pas plus sacrée que celle des prisonniers chrétiens, si souvent sacrifiés par leur fanatisme barbare. Que si l'on objecte qu'un Français, établi au Levant ou en Barbarie, et habitant quelque localité isolée, peut, en l'absence de toute autorité consulaire, se trouver dans la nécessité de recourir, pour tester ou passer tout autre acte, au ministère du cadhy, nous répondrons qu'il est rare qu'un Européen s'expose à vivre ainsi seul et perdu, pour ainsi dire, au milieu de populations fanatiques et malveillantes ; et que, si quelques familles européennes (non un seul individu) offrent quelque exemple de cet isolement, certes ces familles se garderont bien, pour faire constater la naissance ou le décès d'un des leurs, ou pour passer tout autre acte, de s'adresser au cadhy ou à ses substituts ; les membres de cette famille se transporteront dans la

résidence consulaire la plus voisine pour accomplir les formalités qu'exigent les lois de leur pays. La même question, relative à la réception des testaments par les officiers publics mahométans, fut agitée il y a quelques années et résolue d'une manière affirmative. Après de plus mûres réflexions, le gouvernement ne tarda pas à revenir sur sa décision. Dans toutes les Échelles du Levant et de la Barbarie où résident des consuls, la réception des testaments par les chanceliers, en présence des consuls et de deux témoins, est le seul mode qui offre au testament européen des garanties suffisantes. »

ARTICLE 1000.

Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

SOMMAIRE.

1739. Les formalités prescrites par cet article sont purement extrinsèques.

COMMENTAIRE.

1739. Il est visible que cette disposition ne concerne que l'exécution du testament et ne touche pas à sa validité.

ARTICLE 1001.

Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées a peine de nullité.

SOMMAIRE.

1740. Importance des formalités prescrites par la loi pour la confection des testaments.
1741. Dans le doute sur l'exécution d'une formalité, doit-on se prononcer pour ou contre la validité du testament ?
1742. Le testament nul pour défaut de solennité ne peut produire aucun effet.
1743. Pourquoi cependant le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe.
1744. De la durée de l'action en nullité d'un testament.
1745. La partie qui a approuvé un testament, ou qui l'a exécuté, ou qui a transigé sur cet acte, est-elle non recevable à l'attaquer ?
1746. Suite.
1747. La renonciation à attaquer un testament peut résulter d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement.
1748. Il ne suffit pas qu'il soit établi, dans ce cas, que la partie à laquelle on oppose ce fait ait connu le testament. — Distinction à faire.
1749. Est-ce au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause ?
1750. La question de savoir s'il y a eu ou non approbation du testament sera souvent une question de fait.
1751. Un testament nul pour défaut de forme ne peut être validé par aucun acte.
1752. Si le testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle ?

COMMENTAIRE.

1740. La rigueur avec laquelle le Code prononce la nullité des testaments pour les moindres contraventions aux formalités qu'il prescrit, prouve l'importance qu'il y attache; et, certes, ce n'est pas sans de graves motifs qu'on a cru devoir faire dépendre de solennités extraordinaires, les volontés des mourants. Les législateurs de tous les temps ont senti que ce n'était que par ce moyen qu'on pouvait

empêcher les fausses impressions et les suggessions qui assiégent plus particulièrement ceux qui disposent pour le temps où ils ne seront plus (1).

On sait, en effet, combien de ressorts sont mis en mouvement par ces hommes avides que les Romains flétrissaient du nom « d'hérédipètes » et qui faisaient métier de dépouiller, par des captations ou des fabrications coupables, les héritiers du sang. En Grèce et à Rome, cette race d'hommes pullulait. Plutarque (2) disait d'eux : « *Arena, pulvis, pennæ* » *avium varias voces edentium, minore numero quam qui* » *alienas hæreditates ambiunt.* »

Ils sont heureusement plus rares aujourd'hui ; mais il n'en existe encore que trop pour le repos des familles. Il fallait donc prémunir le testateur contre leurs perfides machinations, et l'on ne pouvait y parvenir qu'en prescrivant de scrupuleuses solennités ! En vain un testateur irréfléchi dira-t-il que ces formalités sont gênantes et minutieuses, comme celui dont parle Scœvola (3), qui dans son testament appelait *nimiam ac miseram diligentiam* la prévoyance de la loi. Mais celui qui sait voir la raison des choses dans les affaires qui intéressent la société, applaudira à la sagesse de ces rites extérieurs, qui sauvent de sa propre faiblesse

(1) C'est la pensée qu'a eue, sur un semblable sujet, Wisembech en ses *Paratitles*, *De verbor. obligat.*, n° 12, lorsque, parlant des formes que le droit romain avait introduites pour soutenir les stipulations, il dit : « *Et hæc* » *quoque omnia sapienter excogitata sunt, ut videlicet appareat ex præ-* » *sentia partium, item verbis seriis ac idoneis et ordine interrogationis et* » *responsionis continuato, contrahentes sponte et re deliberata ad faciendam* » *obligationem accessisse, præcisa omni in posterum calumniandi ansa* » *quasi minus ex animo fuerit contractum.* »

(2) *De amore prolis*, n° 17.

(3) L. 88, § 17, D., *De legat. et fideicomm.*, 2o : « *Lucius Titius hoc* » *meum testamentum scripsi sine ullo jurisperitorationem animi mei potius* » *secutus quam nimiam et miseram diligentiam !* »

et des piéges de la cupidité, l'homme qui va dicter la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus (1).

Ricard (2) ne partage pas cependant cette opinion ; il pense au contraire que, dans l'usage, toutes ces solennités sont des piéges tendus à la bonne foi, d'autant qu'elles ne dépendent pas tant du testateur que de la personne publique qu'il emploie pour recevoir son testament, laquelle, par un défaut de mémoire ou une légère inadvertance, sera cause que les volontés les plus constantes et les plus favorables demeureront sans effet ; tandis que celui qui veut supposer un testament à un autre ou l'exiger par surprise, ne manque pas de faire pratiquer soigneusement ce qui regarde la forme.

Mais on peut répondre que si les précautions prises par la loi ne préviennent pas toujours les piéges de la cupidité, elles sont le plus souvent une garantie de l'indépendance du testateur, et rendent beaucoup plus difficiles et par conséquent beaucoup plus rares les tentatives de l'homme cupide. D'ailleurs, comme le droit de tester est presque un acte législatif qu'exerce le testateur, il a été sage de le contraindre à l'observation de certaines solennités dont la difficulté lui fasse bien sentir toute l'importance de ce qu'il va faire ; car, où ne pourrait pas aller l'imprévoyance de l'homme, si la loi qui veille pour lui ne s'attachait pas à lui rappeler sans cesse tout ce qu'il doit apporter de réflexion, de jugement, dans les actes les plus graves de la vie ? Plus une chose est difficile, plus on met de réflexion à la tenter ; et dès lors n'est-on pas convaincu sans peine qu'il y a plus de philosophie qu'on ne croit dans les vues

(1) Doneau, *Comm.*, liv. 6, ch. 6, n° 1. Hilliger *sur Doneau, loc. cit.*, note 2.

(2) Part. 1, n° 1500.

du législateur qui, par ce moyen, a voulu s'assurer de la plénitude de la volonté du disposant?

1741. Ces considérations, qui tiennent plus à la théorie des lois qu'à leur application, nous conduisent à une question de pratique fort importante, savoir si dans le doute sur l'exécution d'une formalité, on doit se prononcer pour le testament ou contre sa validité.

Nous avons fait connaître ci-dessus (1) les graves autorités qui ont décidé que tout ce qui laissait un doute raisonnable sur l'inobservation des formalités testamentaires devait être interprété contre la validité du testament. « En » effet, dit M. Merlin (2), quand les testaments sont-ils fa- » vorables? C'est lorsque, parfaitement réguliers dans leurs » formes, il ne s'agit que de savoir ce qu'a voulu le testa- » teur. Mais il n'en est pas de même lorsque le doute tombe » sur la régularité du testament. Comme le testament tire » toute sa force de la solennité, et que toute la solennité con- » siste dans l'observation exacte des formes prescrites par » la loi, c'est en faveur de l'héritier légitime que ce doute » doit être résolu, parce que du seul fait qu'il est douteux » si les formes ont été bien observées, naît la conséquence » qu'il est incertain si le testament existe, et que, dans cette » incertitude, la succession ne peut appartenir qu'à l'héri- » tier légitime. »

M. Toullier (3) néanmoins enseigne une opinion contraire, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (4). Il se fonde sur l'art. 1157 du Code Napoléon, qui est tout à fait étranger à la matière. Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons dit (5) pour le réfuter, en prouvant que sa doctrine répugne

(1) N° 1553.
(2) Répert., v° *Testament*, sect. 2, § 2, art. 4, p. 616, col. 2.
(3) T. V, n° 430 *in fine*.
(4) N° 1554.
(5) *Ibid.*

aux principes et à la jurisprudence de la Cour de cassation.

1742. Lorsqu'un testament par acte public est nul par défaut de solennité, il ne peut produire aucun effet, ni comme testament, ni comme commencement de preuve par écrit. Car le défaut de solennité lui ôte même la preuve d'une nue volonté. *Quod nullum est nullum producit effectum.*

Si le contrat, nul comme acte public, vaut néanmoins comme acte sous signatures privées, lorsqu'il est revêtu des signatures des parties, c'est que cette forme nouvelle, dans laquelle l'acte se métamorphose, convient parfaitement aux actes qui contiennent des contrats entre-vifs. Mais, dans le testament, où une pareille forme est proscrite, où le législateur n'a voulu voir sous cette écorce aucune volonté légale, on ne peut y ajouter la moindre confiance, et ce serait éluder la loi et forcer témérairement la volonté du testateur que de vouloir faire servir comme acte public ordinaire, ce qui n'était destiné à valoir que comme disposition à cause de mort. C'est d'après ces principes que la cour de Turin a jugé (1) « qu'un testament nul comme testament public ne » peut, quoique signé du testateur, valoir comme acte sous » signature privée; qu'il n'y a pas lieu d'appliquer dans ce » cas l'art. 1318 du Code Napoléon, et que le testament ne » peut pas même valoir comme commencement de preuve » par écrit. » C'est encore avec autant de raison que la jurisprudence, ainsi que nous le verrons plus bas (2), a reconnu par de nombreux arrêts (3) qu'un testament authen-

(1) Turin, 13 mars 1807 (Devill., 2, 2, 212).

(2) N° 2050, art. 1035.

(3) Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Angers, 24 mai 1822 (Devill., 7, 2, 74). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 16) Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834 (Devill., 36,

tique, nul comme testament, ne pouvait valoir comme acte notarié pour révoquer un testament précédent. Bien plus, la cour de cassation, rejetant le pourvoi contre un arrêt de Dijon du 25 mars 1815, a jugé que, lorsqu'un testament était nul par défaut de forme, on ne pouvait y recourir en aucune manière pour y puiser des éclaircissements (1). Nul par défaut de forme, il ne fait preuve de rien; il est mort-né; il est réduit *ad non esse*.

1743. Nous avons dit cependant (2) que le testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est tout entier écrit, daté et signé de la main du testateur. Cette doctrine n'est pas contraire à ce que nous venons de dire. En effet, en élaguant la forme mystique, il reste toujours un testament olographe dans une forme reconnue par la loi; il y a donc encore une preuve entière de la volonté du disposant, suivant les solennités du droit.

Du reste, la conversion du testament mystique en testament olographe ne pourrait éprouver le moindre doute, si le testament olographe, nul comme tel, contenait la clause que nous pourrions appeler, quoique improprement, clause codicillaire, à l'exemple de celle dont nous avons dit un mot, par laquelle le testateur déclarait vouloir que, si son testament ne valait pas en telle forme, il valût comme codicille (3). Ainsi, si le testateur déclarait vouloir que son testament valût *omni meliore modo*, il n'y a pas de doute que, nul comme mystique, il ne valût comme olographe (4).

1744. On a demandé quelle était la durée de l'action en

1, 174). Cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Cassat., 2 mars 1836 (Devill , 36, 1, 174).

(1) Cassat., rej., 21 novembre 1814 (Devill., 4, 1, 632).

(2) No 1654.

(3) Voy., sur la clause codicillaire, Bartole, l. 10, *De jure codic.*

(4) *Supra*, no 1655.

nullité d'un testament, et il a pu sembler d'abord qu'aux termes de l'art. 1304 du Code Napoléon, la durée de cette action fût de dix ans. Mais un arrêt de Bordeaux (1) a décidé avec raison que l'article 1304 n'est pas applicable aux testaments. Cet article, en effet, fait partie du livre 3, titre 3 du Code Napoléon, relatif aux contrats et obligations conventionnelles, et il ne dispose que pour le cas où il s'agit d'une action en rescision ou en nullité d'une convention; en conséquence, la prescription qu'il établit, étant relative à un cas spécial, ne peut être appliquée aux nullités qui concernent les testaments. Il n'en serait pas de même, toutefois, s'il s'agissait d'une donation. La donation est un acte synallagmatique qui conserve toujours le caractère de contrat et d'obligation conventionnelle, et l'on comprend qu'il ait pu être fait application aux donations de l'article 1304, et que l'on ait jugé l'action en nullité d'une donation susceptible d'être prescrite au bout de dix années (2).

1745. Il peut arriver que les parties intéressées à opposer la nullité d'un acte ordinaire soient non recevables à la faire valoir. C'est lorsqu'il y a eu de leur part approbation ou exécution de cet acte, ou lorsqu'il y a eu transaction (art. 1338, 1340). Quelle doit être, en matière de testament, l'application de ce principe? Une approbation d'un testament nul, donnée par la partie intéressée à faire valoir la nullité, une exécution de ce testament, une transaction sur cet acte, tout cela élève-t-il une fin de non-recevoir contre l'action en nullité?

L'objection contre la non-recevabilité de l'action pourrait venir de ce que les testaments tiennent au droit public par les formes, et qu'on ne peut pactiser que sur les matières du

(1) Bordeaux, 14 mars 1843 (Devill., 1843, 2, 311).
(2) Riom, 16 juin 1843 (Devill., 1843, 2, 543

droit privé. Et l'on pourrait la fortifier de quelques textes du droit romain (1) qui, tout en permettant de renoncer aux nullités des legs, parce que ce genre de disposition dépendait de la pure volonté du disposant, semblaient mettre l'action en nullité au-dessus de toutes les renonciations, lorsqu'elle était dirigée contre l'institution d'héritier, c'est-à-dire, contre l'élément essentiel du testament même, et cela par la raison que l'institution d'héritier tenait au droit public (2).

Mais en supposant que cette distinction fût fondée, ce qui n'est pas certain (3), il est un point qui n'est pas douteux, c'est qu'elle était repoussée en France par les plus nombreux arrêts, surtout dans le ressort du parlement de Paris, et que l'opinion dominante était que les testaments ne sont pas tellement d'ordre public, qu'on ne puisse renoncer, pour une cause d'intérêt privé, aux vices de forme qu'ils renferment (4).

(1) Paul, l. 9, § 5, D., *De juris et fact. ignorantia*. Paul, l. 38, D., *De fideicomm. libertatibus*. Grat. Valent. et Theod., l. 16, § 1, C., *De Testam.* Paul, l. 5, D., *De his quæ ut indignis*. Dioclétien et Maxim., l. 4, C., *De juris et fact. ignor*. Justinien, l. 32, C., *De fideicomm*. Paul, l. 36, § 3, D., *De test. milit* Paul, l. 21, D., *De legat.*, 3°. Ulpien, l. 1, § 1; l. 11, § 19, D., *De legat.*, 3°. Instit., §§ 7, 8, *Quib. mod. testam. infirmentur.*

(2) Furgole, ch. 6, sect, 3, n° 14. Merlin, Répert., v° *Testament*, t. XIII, p. 765. Merlin, Quest. de droit, v° *Testament*, t. XVII, p. 369. Chabrol *sur Auvergne*, art. 52, ch. 13, quest. 1.

(3) Cujas sur la loi 5, § 1, D., *De his quæ ut indignis*, liv. 34, t. IX. Brodeau *sur Louet*, lettre *L*, somm. 6, n° 2.

Bartole et Mantica tournaient la difficulté (*Ad. leg. 4, De his quæ ut indignis*, XI, 17, 38) en disant que, s'il n'était pas possible de valider un testament par une renonciation à faire valoir les nullités, il était du moins permis de renoncer à l'hérédité *ab intestat*, et c'est ce que faisait l'héritier *ab intestat*, lorsqu'en connaissance de cause il acceptait le legs. Voy. Caïus à la loi 1, § 1, D., *Test. quemad.*, et à la loi 6. D., *De transact.* — On voit dans ces lois la preuve qu'en droit romain il était permis de transiger sur les testaments.

(4) Approbation implicite. — Nullité de forme.

Henrys, *Des testam.*, l. 5, ch. 1, quest. 1 (et, d'après lui, Brodeau et Chabrol), rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 8 juillet 1635, con-

« Car les formalités, dit Chabrol (1), n'ont pour objet » que d'assurer la vérité du testament, et l'héritier » qui a bien voulu exécuter un testament nul, est censé s'être » rendu certain par d'autres moyens de la volonté du testa- » teur. Malgré la nullité, il subsiste une sorte d'obligation » naturelle qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir. »

firmatif d'une sentence du bailli de Forest, qui juge non recevable une hétière *ab intestat*, laquelle, après avoir reçu son legs sans réserve, avait ensuite attaqué le testament comme nul en la forme.

Approbation explicite. — Nullité de forme.

Brodeau *sur Louet*, lettre *L*, somm. 6 (et d'après lui, Chabrol *sur Auvergne*), cite un arrêt du même parlement, du 20 juillet 1652, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont, qui déboute deux héritiers *ab intestat* d'une demande en entérinement de lettres de rescision qu'ils avaient obtenues contre leur approbation d'un testament qu'ils soutenaient nul et imparfait.

Approbation implicite. — Inofficiosité.

Louet, lettre *L*, somm. 6 (et, d'après lui, Chabrol *sur Auvergne*, art. 50, ch. 12), cite un arrêt du 25 septembre 1652, rendu aux grands jours de Clermont, qui juge non recevable une mère qui, en pays de droit écrit, réclamait sa légitime blessée par un testament inofficieux qu'elle avait approuvé.

Approbation explicite. — Inofficiosité.

Brodeau *sur Louet, loc. cit.* (et, d'après lui, Chabrol, *loc. cit.*), indique un arrêt du parlement de Paris, du 28 mai 1631, confirmatif d'une sentence du bailli de Montpensier, qui décide que celui qui a approuvé, étant majeur, un testament contenant une substitution prohibée par la coutume, n'est plus recevable à la disputer.

Brodeau cite encore un arrêt du même parlement, du 16 juillet 1642, confirmatif d'une sentence du sénéchal de Lyon, et qui aurait également repoussé une demande en nullité d'un testament après approbation; mais il n'indique pas l'espèce dans laquelle cet arrêt serait intervenu...

Junge l'art. 50 du ch. 12 de la *Coutume d'Auvergne*, ainsi conçu :

« L'héritier *ab intestat*, institué par testament ou non, qui sciemment ac- » cepte aucun legs à lui fait par le défunt, ou satisfait à aucun des légats » faits par ledit défunt, ou autrement agréé en aucune partie ledit testament, » il approuve toute la disposition et ordonnance d'icelui défunt, et est abso- » lument tenu la garder et accomplir, sans qu'il se puisse aider de la réduc- » tion au quart introduit par ladite coutume. »

(1) *Sur Auvergne*, art. 50, ch. 12.

1746. Il est donc constant que l'on peut pactiser sur la nullité d'un testament.

Ceci admis, supposons d'abord que la convention, d'où l'on fait résulter une exception contre l'action en nullité, soit une transaction.

Tout le monde connaît un texte célèbre du droit romain(1), qui paraissait décider que les transactions sur les controverses découlant d'un testament, n'étaient valables qu'autant que l'on avait vu et connu les termes mêmes du testament.

Nous avons établi avec Cujas (2), dans notre *Commentaire des transactions* (3), que cette formalité minutieuse, dont on s'est peut-être exagéré l'importance en droit romain, ne devait pas être transportée dans notre droit français, et qu'il suffisait que la transaction eût été faite volontairement, librement et sans surprise (4). On ne peut pas forcer une personne à lire et à étudier un testament dans son texte lorsqu'elle ne le veut pas; elle a entendu prévenir des difficultés en transigeant, et il est trop tard, quand la transaction est faite et consommée, de venir montrer une curiosité minutieuse.

A plus forte raison, la transaction serait-elle un obstacle à l'action en nullité, si l'héritier venait prétendre qu'ayant tenu en main le testament, il ne s'est pas aperçu de certains vices de forme apparents. Nul n'est censé ignorer la loi, et l'on sait que les transactions ne peuvent être rescindées pour une erreur de droit (5).

(1) Caïus, l. 6, *De transact.* Caïus, l. 1, § 1, D., *Testam. quemadm. aperiant.*

(2) Cujas, *nota ad leg.* 6, D., *De transact.*, lib. 2, tit. 15.

(3) N 99.

(4) *Comment. des transact.*, n° 142. Voy. ce que dit Cujas du cas où pour obtenir une transaction, on aurait persuadé par un faux serment ou un mensonge insigne qu'un testament existait.

(5) *Comment. des transact.*, n° 147.

1747. Outre la transaction, la renonciation peut résulter aussi d'un acte ou d'un fait qui la renferme implicitement. Nous citerons comme exemple la réception d'un legs par l'héritier *ab intestat*. Pour que cet acte engendre une renonciation réelle et par suite une fin de non-recevoir insurmontable, il faut qu'il ait eu lieu en connaissance de cause.

La coutume d'Auvergne portait à cet égard une disposition que nous avons déjà citée (1). On conçoit, en effet, que si le légataire reçoit son legs sans se douter que le testament qui lui enlève l'hérédité contient des vices qui l'infirment, on ne peut rétorquer contre lui le fait de cette réception ; elle n'a évidemment pas le sens d'une renonciation. Mais si, au contraire, il a su ou pu savoir que le testament était infesté de vices de forme, et si, malgré cette connaissance, il a touché le montant de son legs ou s'il en a réclamé le payement, il s'est fermé la voie pour attaquer ce testament.

C'est ce que décide la jurisprudence moderne, conformément à la jurisprudence des anciens arrêts (2). Ainsi, la cour de Turin (3) a jugé que la quittance de la réception d'un legs donnée au légataire universel par deux légataires particuliers, n'empêchait pas ceux-ci d'attaquer comme nul en la forme le testament qui ne leur avait pas été communiqué (4).

D'un autre côté, il a été jugé, le 5 février 1829, par la cour de cassation (5), statuant sur le pourvoi contre un arrêt de Grenoble, qu'une partie qui avait intenté une action en

(1) Art. 50, ch. 12. Voy. *supra*, n° 1745.

(2) Voy. *supra*, n° 1745 *in fine*, les arrêts cités en note.

(3) 4 mars 1806 (Devill., 2, 2, 120).

(4) *Junge* Cassat. (chambre civ., rej.), 12 novembre 1816 (Devill., 5, 1, 245). Cet arrêt a été rendu par application des lois romaines. Caen, 15 février 1842 (Devill., 42, 2, 199).

(5) Devill., 9, 1, 227.

partage de biens indivis légués par un testament qu'elle connaissait parfaitement et dont elle avait été à même d'apprécier la forme, n'avait pu, postérieurement, et alors qu'un jugement était intervenu sur son action en partage, demander la nullité de ce testament (1).

1748. Mais pour que celui qui demande la nullité d'un testament après avoir reçu un legs en vertu de ce testament, ou après avoir fait un acte quelconque duquel on puisse induire son approbation du testament, soit déclaré non recevable, il ne suffira pas toujours qu'il soit établi qu'il a eu connaissance du testament. Il y a de plus une distinction à faire entre le cas où la nullité est apparente, et le cas où elle est cachée (2). Si la nullité est cachée, l'approbation n'est plus que l'effet de l'erreur et il y a lieu d'appliquer la maxime : *non videntur qui errant consentire*. On ne saurait, dans ce cas, opposer une fin de non-recevoir résultant d'exécution volontaire à celui qui s'est porté demandeur en nullité. C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la cour de Nîmes, du 28 janvier 1831 (3), que la lecture d'un testament n'avait pu révéler au légataire universel, qui attaquait plus tard ce testament, une nullité résultant de l'incapacité de l'un des témoins; que, par conséquent, c'était là une nullité cachée qui n'aurait pu être couverte même par la délivrance des legs aux légataires particuliers. C'est ainsi encore que la cour de cassation a jugé, en maintenant un arrêt de la cour de Pau du 27 août 1833, que dans un cas semblable où il s'agissait de l'incapacité d'un des témoins, il n'était pas présumable que le mari, qui avait autorisé sa femme à recevoir

(1) *Junge* Besançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

(2) Ricard, part. 3, nos 1559 et suiv. Domat., *Lois civiles*, liv. 3, t. II, sect. 3, nos 2 et 8. Brodeau *sur Louet, loc. cit.*, no 2. Chabrol *sur Auvergne*, art. 50, ch. 12. Voy. *Comment. des transactions*, no 146.

(3) Devill., 31, 2, 292.

un legs en vertu du testament qu'il attaquait en son propre nom, eût pu connaître l'irrégularité de ce testament (1).

Si au contraire la nullité est apparente, l'héritier qui a eu connaissance du testament est présumé avoir eu par là même connaissance de la nullité, et il alléguerait vainement l'ignorance où il était de la nullité du testament; ce ne serait point là une juste et légitime ignorance qui pût lui servir (2). C'est ce qui a été établi par un arrêt de la cour de Pau du 27 février 1827 (3), où il est dit que la nullité apparente est celle qui se manifeste à la seule inspection du testament (4).

1749. Mais ici se présente la question de savoir si c'est au demandeur en nullité à prouver qu'il a reçu le legs sans connaissance de cause.

Chabrol (5) enseignait sur ce point, que c'était à celui qui invoquait la nullité à établir qu'il n'avait point eu connaissance de cette nullité avant de recevoir son legs, et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris, de 1778, rendu dans les circonstances suivantes :

Le sieur comte d'Ailly avait institué héritier par son testament le marquis de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers présomptifs *ab intestat*. Le sieur de la Volpilière reçut le legs, et il prétendit ensuite que le testament était nul, parce que la minute n'était point écrite de la main du notaire qui l'avait reçu et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Une sentence de la sénéchaussée

(1) Cassat. (chambre civ.), 14 juillet 1839 (Devill., 39, 1, 653. *J. Pal.*, 1839, 2, 289). *Junge* Cassat. (req., rej.), 27 août 1818 (Devill., 5, 1, 529). Amiens, 2 avril 1840 (*J. Pal.*, 1840, 1, 548).

(2) Brodeau *sur Louet*, *loc. cit.*, no 2.

(3) Devill., 8, 2, 339.

(4) *Junge* Besançon, 30 août 1814 (Devill., 5, 1, 168). Besançon, 29 mars 1811 (Devill., 3, 2, 464).

(5) *Loc. cit. in fine.*

d'Auvergne avait admis cette demande; mais l'arrêt du parlement de Paris, infirmant la sentence, déclara le sieur de la Volpilière non recevable.

« Cet arrêt, ajoute Chabrol; est fondé sans doute sur ce » que le sieur de la Volpilière ne pouvait pas prouver qu'il » n'eût pas eu connaissance de cette nullité avant de recevoir » son legs. C'est en effet à celui qui allègue un pareil fait, » et qui prétend n'en avoir pas eu connaissance, à l'éta- » blir (1). »

Il est vrai que M. Merlin a soutenu un instant l'opinion contraire et qu'il a prétendu que la cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 1812 (2), paraissait avoir jugé, sur ses conclusions, en interprétant l'art. 1388 du Code Napoléon, que c'est à celui qui se prévaut d'un titre nul à prouver qu'au moment où ce titre a reçu son exécution, les vices en étaient connus de la partie qui l'a exécuté. Mais, d'une part, cet arrêt n'a pas résolu cette question, et de l'autre, M. Merlin s'est depuis formellement rétracté (3).

Il faut donc dire, malgré un arrêt de la cour de Paris du 27 novembre 1835 (4), que celui qui exécute un acte est implicitement présumé l'avoir connu; car les hommes sont censés agir, dans leurs affaires, avec le discernement que suggère l'intérêt privé. D'où il suit que lorsqu'il veut revenir contre cette présomption si naturelle et si logique, c'est à lui de prouver que la connaissance lui a manqué par des circonstances qui ne se supposent pas de plein droit.

Un arrêt de Caen, du 15 février 1842 (5), paraît l'avoir

(1) *Junge* Ricard, part. 3, n° 1559.

(2) Répert. de jurisp., v° *Ratification*, n° 9, et v° *Testament*, sect. 2, § 5, n° 3. Devill., 4, 1, 67.

(3) Quest. de droit, v° *Ratification*, § 5, n° 5. *Junge* Grenier, n° 325. Toullier, t. VI, n° 519.

(4) Devill., 39, 2, 653; *J. Pal.*, 1839. 2, 289.

(5) Devill., 42, 2, 199.

décidé. Si on pèse les termes de cet arrêt, on verra qu'on ne citait dans la cause aucun fait précis de ratification, qu'on opposait seulement un long silence et qu'il était constant qu'il n'y avait pas eu représentation de l'acte.

1750. Du reste, on comprend que l'approbation du testament résulte de circonstances variables que la sagesse du juge aura à apprécier. Ce sont là des questions de fait abandonnées au bon sens du magistrat; il pourra tenir compte, suivant l'exigence des cas, du sexe, des infirmités, de l'âge, de la rusticité (1).

1751. Lorsqu'un testament est nul par défaut de forme, il doit être rejeté et il ne peut être validé par aucun acte quelconque; il faut qu'il soit refait (2).

A la vérité, il était de principe chez les Romains qu'un testament nul par défaut de forme pouvait être confirmé par un codicille. Mais il faut bien remarquer qu'alors le testament ne valait pas *jure directo* comme testament, mais qu'il valait *jure fideicommissi* comme codicille (3). La raison de cela était que la confirmation du testament par le codicille était assimilée à la clause codicillaire (4). On supposait que le testateur avait voulu, par cette confirmation, que le tes-

(1) «...*Id vero æstimabitur ex cujusque persona, conditione, ætate. Ex* » *persona, quoniam mulierum juris ignorantia excusabit; ex conditione,* » *quoniam militem aut rusticum; ex ætate, quoniam minorem viginti* » *quinque annis* .. » Cujas, *Recit. solemn.*, *ad* § 1, l. 9, D., *De his quæ ut indig. Junge* Turin, 4 mars 1866 (Devill., 2, 120).

(2) Ricard, part. 1, no 1619. Argou, *Institut. du droit français*, l. 2, ch. 17. Besançon, 19 mai 1809 (Devill., 3, 2, 73). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 2, 231). Cassat., 21 nov. 1814 (Devill., 4, 1, 632). Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, p. 656, 657, 659.

(3) Julianus, l. 2, § *ultim.*, D., *De jure codicil.* : « *Sed ex fideicommisso* » *petitur, salva ratione legis falcidiæ.* »

(4) La Glose sur la l. 1, C., *De codicillis*, compare le codicille confirmatif du testament à la clause codicillaire, pour faire opérer le même effet à l'un et à l'autre.

tament ne pouvant valoir comme testament, valût au moins comme codicille (1).

Mais dans les pays coutumiers où l'on ne faisait pas de différence entre les testaments et les codicilles, on ne suivait pas cette jurisprudence, comme l'attestent Ricard (2) et Argou (3), et trois arrêts du parlement de Paris, rapportés par le premier de ces auteurs (4). Il faut dire néanmoins que Furgole pensait que, même en pays coutumier, la confirmation d'un testament nul faite en termes généraux par un testament postérieur, le validait (5). Mais ce sentiment, contraire à la jurisprudence, n'était appuyé par son auteur d'aucune raison solide ni même spécieuse (6).

1752. Plusieurs jurisconsultes ont examiné si, dans le fond de la conscience, un testament nul par défaut de forme produit une obligation naturelle. Fachinée a établi à cet égard une controverse détaillée où il examine le pour et le contre. Il pense, en définitive, que l'héritier *ab intestat* est tenu à l'accomplissement des dernières volontés du défunt, s'il a la certitude personnelle que cette volonté était sérieuse (7).

Hilliger sur Doneau (8) est d'une opinion contraire ; il est d'avis qu'un testament nul par défaut de solennités ne peut produire dans le for intérieur aucune obligation. Ses raisons sont : 1° que le testament prend sa force non-seule-

(1) Furgole, ch. 5, nos 50 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Loc. cit.*

(4) Les deux premiers arrêts ont été rendus en la 1re chambre des enquêtes du parlement de Paris, les 6 août 1602 et 15 fév. 1607, et le 3e est un arrêt de la grand'chambre du lundi 22 fév. 1638.

(5) Furgole, *loc. cit.*, n° 59.

(6) Merlin, Répert., v° *Testam.*, t. XVII, p. 652.

(7) Fachinæus, *Controv.*, l. 4, cap. 5.

(8) Lib. 6, cap. 9, note 1.

ment dans la volonté du testateur, mais encore dans sa régularité, et que, quelle que soit la volonté du testateur, elle est contraire à la loi et par conséquent non obligatoire, si elle ne s'est pas conformée aux conditions sous lesquelles la loi permet de tester; 2° que le défaut de solennité que le testateur n'a pu ignorer (car nul n'est censé ignorer la loi), et dans lequel il a persisté, est une preuve qu'il n'est pas mort avec l'intention de gratifier; 3° que le for intérieur oblige aussi l'héritier institué par un testament nul, à se conformer aux lois sur la succession *ab intestat* et à ne pas recevoir une chose qui ne lui est pas due légitimement.

Quelque chose qu'on puisse dire et écrire sur cette question, qui est plutôt du domaine de la théologie que de celui de la jurisprudence, l'homme délicat saura toujours comment il doit se conduire, indépendamment de l'opinion des docteurs. C'est une affaire de conscience, qui doit se régler suivant les circonstances, et sur laquelle il n'est pas possible de donner des règles générales (1).

SECTION III.

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIERS ET DES LEGS EN GÉNÉRAL.

Article 1002.

Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier.

(1) Mais il a été décidé que l'exécution d'un legs verbal constitue de la part de l'héritier ou du légataire universel qui, malgré la nullité de ce legs, en a consenti la délivrance, l'acquit d'une obligation naturelle et non une donation entre-vifs. Rej. 19 déc. 1860 (Dalloz, 61, 1, 17). V. encore Req. 26

Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers.

SOMMAIRE.

1753. Peu importe aujourd'hui la dénomination sous laquelle sont faites les dispositions testamentaires.
1754. Examen de la jurisprudence romaine sur les institutions d'héritier.
1755. Suite.
1756. Suite.
1757. Suite.
1758. Suite.
1759. Suite.
1760. Suite.
1761. Du legs en droit romain.
1762. De l'ancienne législation française en cette matière.
1763. Différence, sur ce point, entre le système coutumier et le droit romain.
1764. Système mixte adopté par le Code Napoléon.
1765. Les dispositions testamentaires ne tirent plus leur effet que de l'étendue que le testateur a voulu leur donner.
1766. Trois espèces de legs.

COMMENTAIRE.

1753. Notre article répète ce qui a déjà été dit dans l'article 967, à savoir que la dénomination d'institution d'héritier ou toute autre propre à manifester la volonté du dis-

janv. 1826; trib. de la Réole, 4 mars 1846 (Dalloz, 46, 3, 59); Paris, 16 fév. 1860 (Dalloz, 60, 5, 122). — *Junge*, Toulouse, 10 janv. 1843 (Dalloz, 43, 2, 94); Rej. 15 fév. 1854 (Dalloz 54, 1, 51); Nîmes, 5 déc. 1860 (Devill., 61, 2, 1).

posant, ne change rien à l'essence de la disposition et n'empêche pas qu'elle ne produise les effets plus ou moins étendus que l'intention du testateur y a imprimés. Ce n'est donc pas à l'écorce des mots qu'il faut s'attacher pour juger de l'étendue d'une disposition testamentaire, c'est à la volonté qui plane et qui domine sur tout. Aujourd'hui toutes les dénominations sont indifférentes.

Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne législation. Il y avait une grande différence entre l'institution d'héritier et le legs d'après les principes du droit romain suivis en pays de droit écrit. Nous avons déjà (1) rapidement parcouru l'histoire de cette partie de la jurisprudence qui a précédé le Code Napoléon, et nous l'avons comparée avec les principes adoptés en pays coutumier. Revenons encore sur ce point, afin de mettre en lumière certains détails importants que nous n'avons fait qu'indiquer.

1754. D'après le droit romain, l'institution d'héritier était une solennité intrinsèque du testament. Si elle manquait, l'acte était nul (2). Il fallait nécessairement que le disposant se choisît, en testant, l'héritier qui devait succéder à tous ses droits. Cet héritier représentait le défunt. Il était saisi, de droit et sans avoir besoin de demander la délivrance aux héritiers *ab intestat*, de tout ce qui avait appartenu au défunt, de tout ce qui composait l'hérédité. C'était à lui qu'on devait s'adresser pour le payement des legs, des fidéicommis, dettes, etc. (3).

L'origine de cette solennité venait de la prédilection que les Romains avaient pour l'exercice du pouvoir de tester. Chaque citoyen romain tenait à avoir un héritier de son choix. Mourir *ab intestat* était une espèce de honte. Les

(1) *Supra*, nos 1434 et suiv.
(2) Caïus, *Comm.*, § 229.
(3) Furgole, ch. 8, sect. 1, no 11. Voët, l. 38, t. V, nos 1 *et seq.*

successions légitimes n'avaient lieu qu'à défaut de successions testamentaires (1).

1755. Bien plus, les successions légitimes étaient incompatibles avec les successions testamentaires, par la maxime qu'un même individu ne pouvait décéder « *partim testatus,* » *partim intestatus* (2). »

Voici quels étaient le sens et l'effet de cette maxime. On distinguait les institutions en universelles et particulières. L'institution universelle comprenait toutes les forces de l'hérédité. L'institution particulière était celle qui ne s'appliquait qu'à une disposition particulière, comme au legs d'une somme ou d'un effet, ou même d'une certaine espèce de biens (3). Si le testateur n'épuisait pas la totalité de ses biens par des legs ou autres dispositions, le patrimoine restant n'était pas accordé aux héritiers *ab intestat*, suivant l'ordre des successions légitimes. Il se réunissait aux biens composant l'institution partielle dans la main de l'héritier institué. Car, dès le moment qu'il y avait un testament valable, les successeurs légitimes ne pouvaient prétendre à rien. Ils étaient exclus par l'héritier choisi et institué, même en une seule chose de l'hérédité (4).

1756. Nous avons dit que, sans institution d'héritier, le testament était nul. Telle était la décision de plusieurs lois consignées dans le Digeste, et particulièrement de la loi 1, paragraphe dernier, *De vulg. et pup. subst.* « *Sine hæredis* » *institutione, nihil in testamento scriptum valet* (5). » L'ordonnance de 1735 n'y apporta aucun changement pour les

(1) Loi des Douze-Tables.

(2) *Supra,* n° 1434.

(3) Ulpien, l. 35, §§ 2 et 3, D., *De hæred. instit.*

(4) Ulpien, l. 1, § 4, D., *De hæred. instit.* Papinien, l. 41, § 8, D., *De vulg. et pupil. subst.* Furgole, ch. 8, n° 25.

(5) *Junge* Papinien, l. 10, *De jure codicil.*

pays de droit écrit. Cependant le testament pouvait valoir comme codicille, s'il était pourvu de la clause codicillaire formellement exprimée (1).

Les anciens jurisconsultes romains poussaient si loin la rigueur du principe relatif à la nécessité de l'institution, qu'ils exigeaient qu'elle fût mise au commencement du testament ; mais on se relâcha par la suite de cette rigueur outrée qui donnait plus de poids à l'ordre de l'écriture qu'à la volonté du testateur. On regarda comme suffisant que l'institution fût formelle dans le testament (2).

1757. Comme il y avait des institutions universelles et des institutions particulières, on demandera sans doute comment il était possible qu'on eût admis l'institution particulière, puisqu'il fallait que la succession comprît la succession entière du défunt. L'explication ne souffre pas de difficulté. La voici :

L'institution particulière pouvait être seule dans le testament, ou bien elle pouvait accompagner une institution universelle.

Si elle était seule et que le testateur n'eût pas disposé de la totalité de son patrimoine, tout ce qu'il avait laissé de disponible accroissait à l'institué, ainsi que nous l'avons vu (3), à l'héritier *in re certa*. Cet accroissement avait lieu quand même le testateur l'aurait prohibé, et l'institué devenait héritier pour le tout, *detracta fundi mentione* (4).

Que si le testateur avait épuisé tout son patrimoine et que la chose formant l'institution ne valût pas le quart de l'hérédité, alors l'héritier, d'après le bénéfice de la loi Falcidie,

(1) Furgole, ch. 8, n° 38.

(2) Caïus, *Comm.* 2, § 229. Instit., § 34, *De legatis*.

(3) N° 1755.

(4) Ulpien, l. 1, § 4, D., *De hæréd. instit.* Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 18, n° 18.

pouvait retenir sur les legs et fidéicommis de quoi compléter ce quart. En effet, cette loi, pour arrêter la licence des testateurs et empêcher que les hérédités ne devinssent onéreuses, avait réservé à l'institué le quart de l'hérédité (1).

Dans ces deux cas, on voit que l'institution devenait pour ainsi dire universelle et qu'elle cessait d'être circonscrite *in re certa*.

1758. Examinons maintenant la seconde hypothèse, c'est-à-dire celle où l'institution *in re certa* ne faisait qu'accompagner une institution universelle. Alors c'était l'institué universel qui était véritable héritier. L'institué *in re certa* devenait un simple légataire; mais il avait un grand avantage sur les autres légataires : c'est que si l'héritier universel décédait avant le testateur, ou répudiait, l'héritier *in re certa* prenait sa place et devenait héritier universel à l'exclusion des successeurs *ab intestat* (2).

1759. Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, la chose certaine exprimée dans l'institution n'était considérée que comme prélegs, c'est-à-dire comme une chose léguée par préciput (3). De là une conséquence remarquable : c'est que cette chose, en sa qualité de prélegs, n'était pas assujettie au payement des dettes et des charges de l'hérédité ; car les dettes devaient être payées par l'héritier, en tant qu'il succédait au droit de l'hérédité (4), et non pas en tant qu'il profitait d'un émolument à titre de prélegs.

(1) Caïus, *Comm.*, 2, § 227. Heineccius, *Instit.*, l. 2, t. XXII, §§ 648, 649, 650. Voët, l. 35, t. II, n° 3.

(2) Furgole, ch. 8, n° 26. Ricard, part. 1, n° 1368. Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 18, n° 20. Hilliger *sur Doneau, loc. cit.*, note 12, Favre, *De error. pragmat.*, 15 *decad.*, *error.* 5. Fachinée, *Controv.*, l. 4, ch. 15.

(3) Furgole, ch. 8, n°s 32 et 33. Heineccius, *Instit.*, l. 2, t. XIV, p. 543, *nota*.

(4) Furgole, *loc. cit.*

1760. Du reste, la solennité de l'institution n'était requise que dans le testament, qui seul avait le caractère civil et romain, et qui seul aussi pouvait faire un héritier. Elle n'était nécessaire ni dans la donation à cause de mort, ni dans le codicille, ni dans les partages *inter liberos* (1), qui étaient une manière de disposer introduite par les conquêtes du droit naturel.

1761. Venons maintenant au legs. Le legs était un retranchement fait sur l'hérédité, retranchement par lequel le testateur ôtait quelque chose de l'universalité qui aurait appartenu à l'héritier, pour le conférer à quelqu'un par des termes directs (2).

Le legs ne saisissait pas. Le légataire était obligé de demander la délivrance à l'héritier institué : « *Legatum est* » *donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præ-* » *standa* (3). »

Dans l'ancien droit, on ne pouvait faire de legs sans instituer un héritier ; car le legs ne pouvait être fait que par testament. Et comme l'institution d'héritier était nécessaire au testament, il s'ensuivait que le legs ne pouvait avoir d'existence s'il ne marchait à côté d'une institution (4). D'après ces principes, le legs était fort différent du fidéicommis (5). Le legs était la forme civile, et le fidéicommis était la forme du droit naturel. Le legs se faisait en termes directs, et le fidéicommis en termes obliques (6). Le legs ne pouvait se faire que par testament ou par codicille confirmé ;

(1) Furgole, ch. 8, n° 40.

(2) Florentinus, l. 116 *proœm.*, D., *De legat.*, 1° Heineccius, *Instit.*, l. 2, t. XX, §§ 601 et 602.

(3) Instit., *De legatis*, § 1. Furgole, ch. 10, n° 26.

(4) *Supra*, n° 45, sur l'art. 893.

(5) Caïus, *Comm.* 2, §§ 268 et suiv.

(6) Caïus, *Comm.* 2, § 249.

les fidéicommis, au contraire, pouvaient se faire par codicille non confirmé par testament; ils n'étaient autre chose qu'une prière que le défunt adressait à son héritier légitime ou à son héritier testamentaire.

Par la suite, toutes ces différences furent abolies; les legs furent égalés en tout aux fidéicommis, et ils produisirent leur effet en quelques termes qu'ils fussent conçus (1). Les legs purent se faire sans solennité, et être laissés même par codicille, pourvu qu'il y eût cinq témoins (2). Mais il resta toujours, entre l'institution d'héritier et le legs, quelque considérable qu'il fût, une différence que Justinien ne fit qu'étendre. C'est que l'héritier était saisi de plein droit, au lieu que le légataire devait demander la délivrance. Nous disons que Justinien étendit cette différence; car avant lui il y avait certains legs, ceux appelés *per vindicationem*, qui n'étaient pas sujets à la délivrance et dont les légataires pouvaient prendre possession de leur autorité et sans le consentement de l'héritier. Justinien égala tous les legs entre eux et voulut qu'ils fussent tous soumis à la délivrance.

1762. Les principes de l'ancienne législation française étaient bien différents de ceux dont nous venons de faire l'exposé. Nous en avons rapporté ci-dessus les principales dispositions (3). Dans la plupart des coutumes, on tenait comme maxime que la volonté de l'homme ne pouvait pas faire un héritier (4). Les successions étaient déférées *ab intestat* aux successeurs légitimes; c'étaient ceux-ci qui étaient saisis et qui représentaient la personne du défunt, d'après la

(1) Instit., *De legatis*, § 3. *Infra*, nos 1793, 1794.

(2) Heineccius, Instit., l. 2, t. XX, § 606. Merlin, Répert., vo *Legs*, p. 300. *Infra*, no 2048, art. 1035.

(3) *Supra*, nos 1434 et suiv.

(4) No 1436.

fameuse règle : « *le mort saisit le vif* (1). » Tout ce que le testateur pouvait faire, c'était de gratifier à titre de légataires ceux sur lesquels il voulait répandre ses bienfaits. Mais ces légataires, même universels, étaient obligés de demander la délivrance aux héritiers du sang.

En un mot, les testaments dans le droit coutumier n'étaient que de simples codicilles (2), et les legs n'étaient, comme le dit d'Aguesseau ci-dessus cité (3), que des dispositions semblables aux fidéicommis des Romains.

Il y avait même des coutumes qui poussaient si loin l'aversion pour l'institution d'héritier, qu'elles voulaient que cette institution ne valût pas même à titre de legs (4). Mais, en général, l'institution était convertie, par bénigne interprétation (5), en legs universel, jusqu'à concurrence des légitimes, et avec condition de demander la délivrance aux héritiers du sang.

1763. Il suit de cet état de choses que le système coutumier était aussi absolu en faveur des héritiers *ab intestat*, que le droit romain l'était en faveur des héritiers institués. Dans le premier, tout se référait à la volonté de la loi, au lignage et à la règle : *le mort saisit le vif*. Dans le second, tout était dominé par la volonté de l'homme, plus forte que le vœu de la loi et le lien du sang. Le droit romain conférait à la volonté de l'homme le pouvoir de faire des héritiers, et n'appelait les héritiers du sang qu'à défaut des héritiers testamentaires. Le droit français ne recon-

(1) Voy. sur cette règle, M. V. Rigaud. *Revue étrangère*, t. IX, p. 35, 777, 991.

(2) Furgole, ch. 8, sect. 1, nº 9.

(3) Nº 1440.

(4) Furgole, ch. 7, nº 6. Legrand *sur Troyes*, t. VI, art. 96. Bourbonnais, art. 324. Meaux, art. 28. Chaumont, art. 83. Vitry, art. 101, et la note de Dumoulin-Delaurière *sur Loisel*, nº 2, t. IV, reg. 5.

(5) Coquille *sur Nivernais*, t. XXXIII, art. 10.

naissait que la loi seule capable de faire des héritiers. Dans le droit romain, l'héritier institué était saisi de tous les biens et droits du défunt, même au préjudice du légitimaire. Car, quoique la loi fît un devoir au testateur d'instituer ses descendants, ou ascendants, ou frères et sœurs germains, néanmoins il pouvait se borner à les instituer *in re certa*, et créer un héritier universel de son choix, qui seul avait la saisine des biens (1). Dans le droit français, au contraire, c'était le sang qui avait l'honneur et le privilége de la saisine. Les droits de famille, base des successions *ab intestat*, l'emportaient absolument sur la volonté de l'homme.

1764. Entre ces deux législations si opposées, le Code a pris un parti mitoyen (2) qui dérive des principes adoptés sur la disponibilité des biens. Celui qui a des descendants ou des ascendants ne peut créer des héritiers; les héritiers du sang sont les seuls saisis par la loi. Le testateur ne peut faire que des legs bornés à la quotité disponible, laquelle n'est qu'une délibation de l'hérédité. Quand même il voudrait dépouiller les réservataires de la saisine, il ne le pourrait pas (3); c'est un privilége de famille placé au-dessus de son caprice par l'honneur de son sang.

Mais si le testateur n'a ni ascendants ni descendants, il peut disposer de ses biens entiers sans aucune réserve; il peut créer un héritier. Alors cet héritier est saisi, comme dans le droit romain, au préjudice des héritiers *ab intestat*. Si ces héritiers *ab intestat* étaient gratifiés de quelques legs, ils seraient obligés d'en demander la délivrance à l'héritier institué.

Ce mélange du droit romain avec le droit coutumier, si

(1) *Supra*, n° 739.
(2) N° 1439, sur l'art. 967.
(3) Merlin, Répert., vo *Légataire*, § 2, p. 745.

heureusement approprié aux mœurs françaises, est dû au consul Cambacérès (1).

Du reste, le Code Napoléon n'exige pas, comme le droit romain, que dans le cas où l'institution d'héritier peut avoir lieu, le testament soit, à peine de nullité, revêtu de la formalité intérieure de l'institution. Le testateur peut, à sa volonté, donner tous ses biens ou partie de ses biens. L'institution universelle portera à volonté le titre d'institution ou de legs; la dénomination ne changera pas sa nature. Que si le testateur ne donne qu'une partie de ses biens, la portion vacante accroîtra à l'héritier *ab intestat*, ou au légataire universel qui aura la saisine des biens et auquel on devra demander la délivrance. Le disposant sera censé alors n'avoir pas voulu déranger l'ordre de la succession légitime; il n'aura fait qu'en diminuer l'émolument par des legs. Ainsi se trouve abolie cette règle du droit romain, qu'on ne peut décéder *partim testatus, partim intestatus*.

1765. Pour en revenir à ce qui fait l'objet spécial de l'article 1002, nous terminerons en disant que l'institution n'est plus prise aujourd'hui dans le sens rigoureux qu'on lui donnait en droit romain, qu'un legs particulier peut être fait sous le titre d'institution, comme une institution peut être faite sous le titre de legs. Les dispositions testamentaires ne tirent plus leur effet de leur dénomination, mais de l'étendue que le testateur a voulu leur donner. Il était nécessaire que le Code s'expliquât sur ce point, puisque, d'un côté, certaines coutumes, effarouchées du mot « institution » annulaient la disposition tout entière sans qu'elle pût valoir comme legs (2), et que, d'autre part, le droit ro-

(1) Séance du conseil d'État du 27 ventôse an XI (Fenet, t. XII, p. 396. Locré, t. XI, p. 245 à 255).

(2) *Supra*, nos 1436, 1762.

main attachait au même mot une importance extraordinaire et des effets privilégiés.

1766. Notre article distingue, sous le rapport de l'étendue, trois espèces de legs. Le legs universel, le legs à titre universel, et le legs particulier. L'article suivant s'occupe du legs universel. Nous allons en examiner avec lui les caractères.

SECTION IV.

DU LEGS UNIVERSEL.

ARTICLE 1003.

Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.

SOMMAIRE.

1767. Du legs universel.

1768. Il ne faut pas confondre le legs universel fait à plusieurs personnes conjointement, avec le legs de quotité contenant attribution de parts.

1769. On ne doit pas, toutefois, attacher aux formules un sens trop littéral. — C'est la pensée du testateur qu'il faut surtout considérer. — Exemple.

1770. Exemple d'un cas où l'indication des parts faites par le testateur n'a pour but que de prévenir les difficultés d'un partage.

1771. *Quid* de la clause par laquelle le testateur, après avoir fait des legs particuliers, déclare que si sa fortune est diminuée

ou augmentée à l'époque de son décès, les légataires subiront une diminution ou jouiront d'une augmentation sur leurs legs au marc le franc ?

1772. Question analogue soumise à la cour d'Orléans.

1773. Résumé .

1774. Sens du mot *universalité,* employé par notre article.

1775. Le legs universel doit contenir même les droits éventuels et à venir. — Examen d'un arrêt de cassation.

1776. Droit du légitimaire pour faire rapporter une chose à la masse des biens de la succession.

1777. C'est au légataire universel et non au légitimaire qui a reçu le montant de sa légitime, qu'il appartient de demander la nullité d'un legs particulier.

1778. A *fortiori* lorsque le légataire universel se trouve en présence d'héritiers *ab intestat* non réservataires.

1779. Examen d'un arrêt de Toulouse du 20 juin 1827.

1780. Arrêt de la cour de Nîmes du 19 mai 1830.

1781. Le legs universel attire à lui toutes les caducités et nullités, à moins que le testateur n'en ait ordonné différemment.

1782. Ce qu'il faut examiner pour vérifier si un legs est ou non universel.

1783. Du cas où le testateur, après avoir fait des legs particuliers, a déclaré léguer le surplus de ses biens.

1784. Du cas où il fait la même dispositions après des legs de quotité.

1785. *Quid* si le legs du surplus vient après un legs à titre universel, qui n'est pas un legs de quotité ?

1786. Cas dans lequel le legs de tous les immeubles a pu être considéré, à raison de faits particuliers, comme un legs universel.

1787. Autre cas au sujet d'un legs de tous les meubles et de tous les immeubles.

1788. Le titre de legs universel, employé dans le testament, n'empêche pas de considérer le legs comme limité.

1789. Renvoi.

1790. C'est l'ensemble des dispositions qui doit faire apprécier le caractère du legs.

COMMENTAIRE.

1767. L'art. 1003 donne la définition du legs universel; cette disposition imprime à cette sorte de legs un caractère différent de celui qu'il avait dans l'ancien droit.

En effet, d'après la jurisprudence antérieure au Code Napoléon, on confondait le legs universel et le legs appelé aujourd'hui, par les art. 1002 et 1010, legs à titre universel. Le legs universel était celui qui comprenait l'universalité, ou même une quotité, le tiers, le quart, le vingtième des biens (1).

Le projet du Code Napoléon ne faisait point non plus de distinction entre le legs de l'universalité et le legs d'une quote-part. L'art. 85 (2) du projet se bornait à diviser les legs en legs à titre universel et legs à titre particulier. Mais à la section de législation (3), la question de savoir si l'héritier *ab intestat* devait ou non avoir la saisine s'étant élevée, on s'aperçut qu'elle se liait au plus ou moins d'étendue du droit des légataires, et l'on arriva à faire la distinction des légataires à titre particulier, des légataires de quotité et des légataires universels, afin de n'enlever la saisine à l'héritier *ab intestat*, non réservataire, qu'au profit du légataire qui représentait le plus complétement le défunt par l'universalité de son titre (4).

D'après la définition du legs universel donnée par notre article, sur la proposition du Tribunat (5), le legs d'une quotité ne fait donc plus partie aujourd'hui de la catégorie

(1) Pothier, *Donat. testam.* ch. 2, sect. 1, § 2. Ferrières *sur Paris*, t. XV, art. 344, n° 10. Furgole, ch. 8, n° 24. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 1, p. 743.

(2) Fenet, t. XII, p. 384.

(3) Fenet, t. XII, p. 387.

(4) Fenet, t. XII, p. 342.

(5) *Ibid.*, p. 460.

des legs universels. Le Code Napoléon l'appelle legs à titre universel et lui consacre des dispositions spéciales.

1768. La définition du legs universel comprend deux points distincts : les personnes et les choses.

Et d'abord, suivant notre article, le legs universel peut être fait à plusieurs personnes. Dans ce cas, il ne saurait y avoir de difficulté lorsque le legs universel est fait conjointement et sans attribution de part, comme lorsque je donne l'universalité de mes biens à Sempronius et à Caïus. Évidemment, si Sempronius ne pouvait pas recueillir, Caïus n'en resterait pas moins légataire universel et profiterait de la part vacante, moins à cause du droit d'accroissement proprement dit (1), que par l'énergie de l'universalité du titre qui embrasse tout ce qui n'est pas excepté.

Mais si le testateur avait dit : Je lègue le quart de mes biens à Caïus; puis, par une autre disposition : Je lègue les trois quarts à Sempronius, il en serait autrement; le testateur n'aurait fait que des legs de quotité. D'où il suit que le titre n'étant pas universel et les portions étant divisées, il n'y aurait pas lieu à accroissement. Le testament contiendrait deux legs distincts, sans relation ni connexité, et la part vacante accroîtrait à l'héritier *ab intestat*.

1769. Cependant, ceci doit s'entendre de manière à ne pas attacher aux formules dont s'est servi le testateur, un sens littéral qui serait de nature à altérer la pensée de conjonction qui dominerait au fond sa disposition. Ainsi le testateur peut indiquer les parts dans l'unique but de prévenir les difficultés du partage et d'exprimer une idée d'égalité ou de proportionnalité entre les copartageants. Quand il dit, par exemple : « Je lègue à mes trois domestiques qui sont à » mon service depuis longues années, l'universalité de mes

(1) Art. 1044. *Infra*, nos 2160 et suiv.

» biens, pour être partagés entre eux par tiers, » il est clair que l'indication des parts porte moins alors sur le legs lui-même que sur l'exécution (1).

1770. Un cas plus difficile s'est présenté devant la cour de Limoges (2).

Un testateur avait légué à Primus un lot d'immeubles formant à peu près le tiers de sa succession; mais il avait déclaré en même temps qu'il l'instituait son légataire universel. Il avait fait un legs semblable à Secundus et à Tertius, en déclarant dans chacune des dispositions les concernant, qu'il les instituait ses légataires universels. De plus, il leur distribuait par tiers les grains qui devaient se trouver dans sa maison, et il nommait un exécuteur testamentaire, après avoir chargé ses trois légataires universels de payer les legs et les rentes viagères, et d'acquitter les dettes et charges de la succession. Comme le testateur avait oublié quelques objets dans la distribution qu'il avait faite de ses biens par testament, son héritier *ab intestat* prétendit que c'était à lui qu'il appartenait de les recueillir, par la raison que le testateur n'avait fait que des legs à titre particulier et non des legs universels. Mais la cour de Limoges, par son arrêt du 8 octobre 1837, décida, en appréciant toutes les circonstances de la cause, que le testateur avait voulu associer les trois légataires, d'abord par le titre de légataire universel qu'il avait donné à tous trois, et puis par la commune obligation de payer les dettes et autres charges de la succession, obligation qui ne s'impose pas d'ordinaire aux léga-

(1) Cassat., rej , 18 octobre 1809 (Devill., 3, 1, 115). *Junge* Cassat., 19 octobre 1808 (Devill., 2, 2, 590). Cassat., 14 mars 1815 (Devill., 1, 5, 27. Voy. ces arrêts *infra*, n°s 2175 et suiv.) Colmar, 26 mai 1821. (Dalloz, 1821, 2, 292). Cassat., rej., de Paris, 22 fév. 1841 (Devill., 41, 1, 535. *J. Pal.*, 1841, 2, 18). Bordeaux, 27 fév. 1844 (Devill., 44, 2, 331. *J. Palais*, 1844, 2, 468).

(2) 8 oct. 1837 (Devill., 39, 2, 27. *J. Pal.*, 1839, 1, 240).

taires à titre particulier ; que s'il avait fait des parts, c'était uniquement pour opérer la distribution de ses biens et prévenir les difficultés d'un partage.

1771. Il n'y a pas moins de difficulté dans l'espèce suivante, où la même question se présente avec des circonstances plus compliquées.

Un testateur fait à différentes personnes, au nombre desquelles se trouve son héritier *ab intestat*, des legs particuliers qui épuisent tout son avoir ; puis il termine en disant : « Dans le cas qu'il m'arrive des événements malheureux qui » empêchent mon exécuteur testamentaire de remettre à » un chacun le legs que je leur fais, ils éprouveront, en rai- » son de ce, une diminution au marc le franc ; dans le cas » contraire, ils jouiront d'une augmentation aux mêmes » conditions du marc le franc. »

Cette dernière disposition contient-elle un legs universel ? N'est-elle pas équivalente à celle par laquelle un testateur aurait donné à plusieurs tout le surplus éventuel de sa succession ?

La cour de Bordeaux (1) s'est prononcée pour l'affirmative ; elle y a vu un legs universel comprenant tout le résidu de la succession sans en rien excepter ; elle a fortifié cette solution par cette observation, à savoir, que l'héritier *ab intestat* se trouvant au nombre des légataires particuliers, partageait avec chacun d'eux le sort commun ; qu'il était dès lors impossible de supposer que le testateur eût laissé en dehors de ses dispositions quelque portion de son hérédité qui pût s'asseoir sur sa tête par droit de succession légitime. Un pourvoi ayant été formé contre cet arrêt devant la cour de cassation (2), il a été rejeté par la chambre des requêtes, le 13 août 1817.

(1) 29 mai 1816 (Devill., 5, 2, 364).

(2) Cassat., rej., 13 août 1817 (Devill., 5, 1, 361). *Junge* Douai, 26 août

L'objection la plus sérieuse qu'on pourrait faire contre cette décision, c'est que le testateur, en voulant que le résidu de la succession fût réparti entre ses légataires au marc le franc de l'importance des legs, semblait avoir assigné des parts qui détruisaient toute pensée de conjonction. Mais ici, comme dans les espèces précédentes, il était facile de répondre que ces parts n'avaient été prises en considération par le testateur que comme règle de partage, et pour prévenir les difficultés entre tous les ayants droit.

1772. Telle n'a pas été, cependant, la décision de la cour d'Orléans, dans un cas qui offre, avec le précédent, de frappantes analogies.

Le sieur Jahan fait un testament pour distribuer sa fortune à ses collatéraux ; aux uns il donne de l'argent, aux autres des immeubles. Ce testament se termine par cette clause finale :

« Ce qui restera de ma succession, après le payement des » legs ci-dessus, appartiendra par accroissement au marc » le franc à ceux de mes légataires à qui j'ai fait des legs » en deniers ; s'il y avait déficit, il serait supporté entre eux » de la même manière. »

Là-dessus, question de savoir si les légataires de deniers, investis du résidu de la succession, sont légataires universels. Et la cour d'Orléans décide, par arrêt du 21 août 1831 (1), qu'ils ne le sont pas. Ses raisons sont tirées de ce que le legs n'avait pas été fait collectivement et sans distinction des légataires entre eux. Mais ne peut-on pas dire que l'arrêt d'Orléans, en se séparant sur ce point des décisions que nous avons rapportées ci-dessus (2), s'est peut-

1847 (après arrêt de partage) (*J. Pal.*, 1848, 1, p. 81). Cassat., req. (Douai), 8 août 1848 (S. Devill., 1, 66 et suiv.).

(1) Devill., 32, 2, 146.

(2) Nos 1769, 1770, 1771.

être attaché, avec un esprit trop formaliste, à des apparences extérieures? Ce qu'il y a de certain, c'est que cette cour se trompe quand elle déclare que la disposition que nous discutons ici présente une situation semblable à celle où l'on verrait tous les légataires particuliers, épuisant une succession, se réunir entre eux et soutenir que de leur collection il résulte la preuve d'une disposition universelle. Personne ne doute que ces légataires particuliers ne soient à cet égard dans une profonde erreur. Car l'accident de leur réunion n'ajoute rien à l'étendue précise et tout à fait limitée de leurs legs. Mais de là il n'y a rien à conclure contre les légataires particuliers de l'espèce jugée à Orléans, puisqu'à leurs titres particuliers et limités venait se joindre une disposition qui répartissait entre eux tout le résidu de la succession.

1773. De tout ceci sort une réflexion qui domine cette matière, et dont la cour d'Orléans n'a peut-être pas été assez pénétrée (1), c'est que le législateur n'a pas fait dépendre le caractère et les effets du legs universel entre plusieurs des conditions étroites de conjonction auxquelles le droit d'accroissement est attaché d'après l'article 1044 du Code Napoléon. Cet article n'est pas la loi de la matière qui nous occupe ici; il n'est fait que pour les dispositions limitées et non pour les dispositions universelles, auxquelles tout doit accroître par la puissance même de leur universalité (2). C'est donc en vain qu'on ne voudrait voir un legs universel entre plusieurs, qu'autant que les institués seraient unis *re et verbis*, et qu'une mention de part et portion ne figurerait pas dans le testament. Le législateur s'en rapporte

(1) La cour d'Aix l'avait tout à fait oubliée dans l'arrêt Mérindol, du 15 juin 1809, sévèrement critiqué par M. Merlin (Répert. de jurisp., v° *Légataire*, § 2, n° 18 *bis*, p. 756, col. 1).

(2) *Supra*, n° 1768. Merlin, *loc. cit.* *Infra*, n° 2188.

sur ce point à la volonté du testateur, et c'est au juge à rechercher le caractère d'universalité que peut avoir le legs, dans les faits qui expliquent les intentions exprimées dans le testament.

1774. Notre article dit que le legs universel est le don de l'universalité des biens (1); ce qui est bien différent du don de la totalité. Car ce dernier mot comprend un tout, sans aucune exclusion ni exception. Le mot universalité, au contraire, n'est pas aussi énergique. Il se prend dans le sens d'une étendue qui, de droit, embrasserait tout si, en fait, il ne s'y rencontrait des exceptions et des retranchements. De là vient qu'un individu peut être légataire universel, et cependant se trouver grevé de legs considérables de nature à épuiser même le patrimoine (2).

De là vient encore qu'on peut instituer un légataire universel, quoiqu'il doive subir le concours d'héritiers légitimaires (art. 1004). Bien que le légataire soit obligé de demander la saisine légale à ces derniers, il n'en demeure pas moins investi de tous les droits du défunt, sauf la portion indisponible, et son titre est même plus large que celui des légitimaires; car il recueille les legs caducs ou répudiés (3). Quand M. Zachariæ (4) a soutenu qu'un tel legs n'est en soi qu'un legs à titre universel, il n'a pas fait attention qu'il heurtait de front l'art. 1004, dont le texte est si clair qu'il ne laisse pas de place à la discussion.

(1) « *Res per universitatem adquiruntur.* » (Caïus, *comm.* 2, § 97. Instit. *Per quas person. nob. adquir.*, § 6.) *Junge* Ulpien, l. 1. D., *Quorum bonorum.*

(2) Paris, 12 mars 1806 (Devill., 2, 2, 122). Cassat., 14 juillet 1830 (Dalloz, 1830, 1, 374).

(3) Grenier, n° 349. Toullier, t. V, n° 679. M. Coin-Delisle, n° 9, sur l'art. 1047.

(4) § 711, t. V, p. 379.

1775. Le legs universel comprend donc tous les droits (1) tant actuels qu'éventuels, qui appartenaient au défunt, sauf ce qu'il en a distrait lui-même par des dispositions positives, et sauf toujours la portion du patrimoine réservée aux légitimaires.

Je dis que le legs universel doit contenir les droits éventuels ou à venir : car l'universalité embrasse non-seulement le présent, mais même l'avenir. Un testateur peut épuiser sa fortune par des legs particuliers : alors il dispose de tout ce qu'il a, sans faire de disposition universelle. Il ne s'occupe que du présent; il ne parle que de choses circonscrites *loco, natura.* De là il suit que tous ses droits à venir rentrent dans sa succession *ab intestat.*

Et il n'y a rien de contraire à cette règle, que c'est au légataire universel à profiter des droits à venir, dans un arrêt de la cour de cassation du 25 janvier 1819 (2), qui a décidé que le bénéfice de la loi du 5 décembre 1814, qui rend les biens séquestrés à ceux qui en étaient propriétaires, ou à leurs héritiers ou ayants cause, devait profiter non au légataire universel du propriétaire décédé, mais à ses héritiers naturels. La raison en est que cette loi a été dictée par la politique, et qu'en restituant des biens confisqués, elle a voulu les rendre à la famille même des individus spoliés et non à des étrangers. On a vu, du reste, au numéro précédent, combien est énergique ce droit du légataire universel, puisqu'il profite des caducités, des nullités et éventualités, même au préjudice de l'héritier à réserve, lequel doit se

(1) Les droits sont des biens : « *Æque bonis adnumerabitur etiam, si quid » est in actionibus, petitionibus, persecutionibus ; nam hæc omnia in bonis » esse videntur.* » (Ulpien, l. 49, D , *De verbor. significat.*)

(2) Aff. d'Espinay Saint-Luc (Devill., 6, 9 et 10). *Junge* Cassat., 9 ma 1821 (Devill., 6, 428). Cassat., 10 fév. 1823 (Devill., 7, 192). Cassat , 18 fév. 1824 (Devill., 7, 399). Cassat., 19 mai 1824 (Devill., 7, 466). Cassat., 4 juillet 1825 (Devill., 8, 149).

trouver content lorsqu'il est rempli de sa légitime. Rien n'est plus constant, en jurisprudence, que ce droit du légataire universel, même sur le réservataire.

1776. Remarquez, toutefois, que l'héritier à réserve ne serait pas dépourvu de droit et d'action pour faire rapporter une chose à la masse des biens sur laquelle doit se calculer sa réserve. Ainsi, par exemple, le légataire universel ne pourra pas le faire déclarer non recevable à intenter une action en restitution d'objets recélés. Le légitimaire a, en sa qualité, un droit évident sur cette chose qui doit faire partie de celles sur l'ensemble desquelles sa réserve doit être prélevée (1).

Nous en dirons autant d'une action par laquelle l'héritier à réserve voudrait faire rentrer à la masse des objets aliénés par son auteur en vertu d'un titre nul. Son intérêt est palpable, puisque le but de l'action est d'augmenter la masse sur laquelle s'exerce son droit (2).

1777. Dans ces deux derniers cas et autres analogues, on aperçoit la différence qui existe entre la situation du légitimaire et celle qu'il s'arroge lorsqu'il demande la nullité d'un legs.

En effet, les legs font partie de la masse sur laquelle se calculent la quotité disponible et la réserve (art. 922, Code Nap.); leur nullité ou leur caducité n'intéresse plus le légitimaire. Il a reçu la part qui lui était due par la nature et par la loi. Il doit se trouver satisfait. Il aurait plus que sa réserve, s'il profitait de la nullité des legs.

1778. S'il est vrai, comme nous venons de le dire, que le légataire universel profite des éventualités, même au préjudice de l'héritier réservataire, combien cette proposition n'est-elle pas plus évidente, quand on met le légataire universel en présence des héritiers *ab intestat* non réservataires,

(1) Paris, 8 nov. 1838 (Devill., 38, 2, 553).
(2) Bourges, 1er fév. 1832 (Devill., 32, 2, 256).

lesquels sont beaucoup moins favorables. Aussi, a-t-il été jugé par un grand nombre d'arrêts que l'héritier *ab intestat* n'est pas recevable à exercer l'action en nullité ou en caducité de certains legs (1), et qu'il ne profite pas de la nullité ou de la caducité de ces legs (2).

1779. On ne considérera pas comme contraire à cette règle un arrêt rendu le 20 juin 1827, par la cour de Toulouse (3), dans l'espèce suivante :

Le sieur Galibert avait fait un legs à sa mère pour lui tenir lieu de sa réserve ; puis il avait fait d'autres legs particuliers et institué un légataire universel. A la mort du testateur, sa mère trouvant que sa réserve était plus avantageuse que son legs, déclara préférer sa réserve. Là-dessus le légataire universel soutint qu'il y avait là une renonciation qui devait faire tourner à son profit le legs répudié, sauf la défalcation proportionnelle avec tous les autres legs et nécessaire pour faire la réserve. Les légataires particuliers soutinrent, au contraire, que le legs en question avait une destination précise ; que, dans la pensée du testateur, il devait tenir lieu de la réserve ; qu'il ne devait pas, par conséquent, être distrait de ce but, et que les légataires particuliers n'étaient tenus qu'à compléter la différence existant entre ce legs et la réserve légale. C'est ce dernier système qui fut adopté par la cour de Toulouse et confirmé par la cour de cassation (4).

(1) Paris, 9 juin 1834 (Devill., 34, 2, 353).

(2) Cassat., 2 brumaire an VIII (Devill., 1, 1, 262). Cassat., 19 nov. 1808 (Devill., 2, 1, 590). Cassat., req., 20 juillet 1809 (Devill., 3, 1, 86). Cassat., 14 mars 1815 (Devill., 5, 1, 27). Cassat., 14 déc. 1819 (Devill., 6, 1, 150)., Limoges, 20 déc. 1830 (Devill., 31, 2, 207). Limoges, 8 déc. 1837 (Devill. 39, 2, 27). Cassat., rej., Bordeaux, 11 av. 1838 (Devill., 38, 1, 418). Cassat., rej., Douai, 20 nov. 1843 (Devill., 43, 1, 859).

(3) Devill., 9, 1, 131.

(4) 5 juill. 1828 (Devill., 9, 1, 131).

On voit que cette cause présente des circonstances toutes particulières. Le testateur ayant voulu que le legs fût employé au payement de la réserve, il n'était pas possible de le détourner de ce but, et, comme le dit l'arrêt de la cour de Toulouse, il n'y avait pas là, à proprement parler, de caducité qui dût faire tomber ce legs dans le legs universel. Ce legs, au contraire, restait debout, imputable sur la réserve et comme élément destiné à la payer ; les légataires particuliers devaient profiter de cette imputation, à l'exclusion du légataire universel, sauf à eux à fournir le complément de la réserve au prorata de leurs legs.

1780. C'est aussi par des circonstances particulières qu'il faut expliquer l'arrêt suivant, rendu par la cour de Nîmes, le 19 mai 1830 (1).

La veuve Roux avait fait une donation entre-vifs à sa nièce Rose Barlier ; plus tard elle fit un testament dans lequel elle léguait à cette même nièce certaines créances et objets mobiliers, et elle ajoutait ces paroles remarquables : « Et ce, en outre et sans préjudice au corps du domaine que » je lui ai donné précédemment. » Par une autre clause, la testatrice déclarait nommer Jean-Pierre Chaleil, son neveu, pour son héritier général et universel de tous ses autres biens non donnés.

La testatrice étant morte, le légataire universel a demandé la nullité de la donation faite à Rose Barlier ; mais la cour de Nîmes a repoussé sa prétention. Elle a considéré que la formule du legs universel était telle que le légataire universel ne pouvait avoir aucun droit sur les choses données, d'autant que l'on pouvait considérer comme un véritable legs et comme une disposition nouvelle la clause dans laquelle il était dit : « Et ce, en outre et sans préju-

(1) Devill., 31, 2, 55).

» dice au corps du domaine que je lui ai précédemment » donné. »

Cette décision nous paraît dictée par une saine interprétation de toutes les parties du testament. En effet, lors même que la donation eût été réellement infectée de nullité, on pouvait considérer le domaine compris dans la donation comme faisant l'objet d'une disposition nouvelle du testament.

1781. Au surplus, il y a en cette matière une règle plus générale qui domine tous les cas particuliers, c'est que, s'il est vrai qu'en thèse ordinaire le legs universel attire à lui les profits résultant des nullités, caducités et déchéances, il en est autrement toutes les fois que la volonté du testateur, qui est la souveraine maîtresse dans les dernières dispositions, a fait une exception expresse ou tacite à ce principe (1).

1782. Il se présente souvent beaucoup de difficultés quand il s'agit d'apprécier si un legs doit être ou non qualifié d'universel. Nous en avons vu ci-dessus la preuve (2). La solution de ce point dépend le plus ordinairement des termes employés par le testateur et de la manière dont on envisage sa volonté (3).

Ce qu'il faut s'étudier à rechercher peut se rapporter assez ordinairement à un point principal, qui consiste à savoir si le testateur n'a voulu embrasser dans ses dispositions que ses biens présents ou un émolument limité, sans entendre y faire entrer les éventualités qui pourraient, après son décès, venir augmenter son patrimoine ; ou, en d'autres termes, si, dans sa pensée, son legs était enfermé dans des

(1) Cassat., 18 mai 1823 (Devill., 8, 1, 126). Cassat., 15 juillet 1828 (Devill., 9, 1, 132).

(2) Nos 1769, 1770, 1771, 1772.

(3) Cassat., req , 5 mai 1852 (Devill., 52, 1, 523).

bornes infranchissables, de telle sorte qu'il ne pût s'étendre par l'accroissement des profits éventuels qui tombent ordinairement dans la succession. On voit tout de suite, en effet, que le caractère d'universalité manque à une telle disposition.

1783. Passons en revue quelques exemples.

Un testateur, après avoir fait plusieurs dispositions à titre particulier, déclare qu'il donne le surplus de ses biens à une personne déterminée. Est-ce là un legs universel? Ou, en d'autres termes, le légataire est-il appelé par cette disposition à recueillir les legs caducs au préjudice de l'héritier *ab intestat?*

On ne comprend pas, au premier coup d'œil, que le caractère de legs universel fasse difficulté; car le mot « surplus, » dont s'est servi le testateur, embrasse sans aucune exception tout ce qui ne doit pas profiter à d'autres. Il y a cependant, en réalité, un doute sérieux, et ce doute provient de ce que, dans l'ancienne jurisprudence, tous les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si on devait entendre, par le surplus des biens, ceux que le testateur en avait expressément retranchés par des legs particuliers, bien que quelques-uns de ces legs particuliers fussent frappés de nullité ou de caducité. Il y avait des interprètes qui ne pouvaient comprendre que les objets légués profitassent au légataire universel que la volonté du testateur en avait privé par cette défalcation. Ils disaient qu'en pareil cas le legs n'était universel que de nom, qu'il n'embrassait pas les legs nuls ou caducs, et que ces legs devaient profiter à l'héritier *ab intestat.*

Tel était l'avis de Denizart (1), dont voici les paroles :

« En général, les legs particuliers appartiennent au léga-

(1) V° *Accroissement*, n°s 22, 23.

» taire universel, à titre d'accroissement, et non à l'héri-
» tier. Mais il y a des cas où les legs particuliers caducs ap-
» partiennent à l'héritier et non au légataire universel. Par
» exemple, si le testateur, après avoir fait des dispositions
» particulières, disait, ainsi que cela se trouve souvent : Et
» quant au surplus de mes biens, je les laisse à X... que
» j'institue mon légataire universel. Alors le légataire ne
» pourrait avoir que le surplus, parce que la lettre du tes-
» tament résiste à l'accroissement. »

Et Ricard (1) n'était pas éloigné de croire que la volonté du testateur pouvait, suivant les circonstances, se plier à cette interprétation.

Mais Pothier (2) la condamnait avec raison, et un arrêt du parlement de Paris, du 28 mars 1740 (3), était conforme à l'opinion de ce jurisconsulte.

C'est ce dernier sentiment qui seul doit prévaloir aujourd'hui (4). En effet, le Code Napoléon déclare formellement que, par le legs universel, le testateur donne à une ou à plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. Le legs universel comprend donc tout ce dont le testateur n'a pas spécialement et valablement disposé, quelle qu'en puisse être la valeur. Il comprend donc tous les objets que le testateur a légués par des dispositions qui, au moment de son décès, se trouvent comme non écrites.

Sans doute, le caractère des dispositions testamentaires est indépendant de l'écorce des mots ; mais ici les mots disent tout ce qu'ils veulent dire, et c'est une universalité qu'ils expriment. Comment ne voit-on pas que le surplus embrasse tout ce qui n'est pas utilement défalqué ? Comment

(1) Part. 3, n° 502.
(2) Introd. au t. XVI, *Cout. d'Orléans*, sect. 8, § 4, n° 142.
(3) Ricard, *loc. cit.*, n° 501.
(4) Cassat., req., 5 mai 1852 (Devill., 52, 1, 522).

ne voit-on pas que le surplus ne serait pas ce qu'il signifie, s'il était amoindri par le retranchement de quelque chose qui ne rentre pas dans le cercle des libéralités dont les légataires sont saisis ? Il est vrai que le testateur qui a cru à l'efficacité de tous ses legs, n'a pas pensé que ceux qui seraient nuls profiteraient au légataire universel : mais c'est précisément le caractère du legs universel d'embrasser, ainsi que nous l'avons vu (1), tout ce qui est imprévu. Quand le testateur a ôté au légataire universel telle ou telle chose qu'il a léguée, ce n'est qu'en vue de la personne du légataire particulier à qui il voulait donner une preuve de son affection. Or, si celui-ci n'en profite pas, comment est-il possible de prétendre, au nom de la volonté du testateur, que cette chose doit passer à l'héritier *ab intestat*, à qui cette volonté n'a rien laissé, et au préjudice duquel elle a épuisé tout l'actif présent et éventuel de la succession? Comment ne pas voir, au contraire, que la préférence est pour le légataire universel que le testateur a investi de son entière hérédité, après le retranchement des dons et legs (2)?

Il ne faut donc pas suivre la doctrine consacrée en cette matière par l'arrêt d'Aix précité, du 5 juin 1809 (3). Les côtés faibles de cet arrêt ont été démontrés avec une grande force de raison par M. Merlin devant la cour de cassation : si le pourvoi fut rejeté, c'est qu'une fin de non-recevoir ne permit pas à la cour de statuer sur la question du fond.

1784. Ceci posé, arrivons à une nuance remarquable du legs du surplus. Dans ce que nous avons dit jusqu'à présent, nous avons mis ce legs en présence de legs particuliers. Mais

(1) *Supra*, n° 1775.

(2) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 6, n° 18 *bis*, p. 757. Toulouse, 10 juill. 1827 (Devill., 8, 2, 388). Colmar, 26 mai 1821 (Dalloz, 1821, 2, 292). Cassat., rej., 3 av. 1849 (*J. Palais*, 1851, 1, 465).

(3) Merlin, *loc. cit.*, Dalloz, *Jur. gén.*, t. VI, p. 65.

il faut supposer maintenant qu'il se trouve combiné avec un legs de quotité, comme, par exemple, si, après avoir donné le quart de ses biens à Primus, le testateur donne le surplus à Secundus. Ce legs sera-t-il un legs universel tout aussi bien que dans les cas qui précèdent?

Cette question est délicate. Pour la résoudre, rappelons-nous ce que nous avons dit plus haut (1) : que quand le testateur donne à Primus le quart de ses biens, et à Secundus les trois quarts de ses biens, il ne fait que deux legs de quotité, c'est-à-dire à titre universel.

Or, quelle différence y a-t-il entre cette hypothèse et celle que nous examinons ici? Dire : Je donne le quart de mes biens à Primus et le surplus à Secundus, n'est-ce pas déclarer, par une formule équipollente, que Secundus n'aura que les trois quarts restants?

Partant de là, la plupart des auteurs (2) sont d'avis qu'un tel legs n'est qu'un legs de quotité, et l'on peut appuyer cette opinion d'un passage de l'exposé des motifs du titre *Des testaments*, fait par M. Bigot Préameneu, et ainsi conçu : « Lorsqu'il y aura un légataire à titre universel d'une quo-
» tité quelconque de tous les biens, on devra mettre dans
» cette classe celui qui serait porté, dans le même testament,
» pour le surplus des biens sous le titre de légataire uni-
» versel (3). »

Pourtant de sérieuses objections se présentent à l'esprit.

On convient, en effet, que lorsque le testateur a des héritiers à réserve et qu'il stipule dans son testament la part qui

(1) *Supra*, n° 1764.

(2) Delvincourt, note 5, sur la p. 91. Toullier, t. V, no 512. MM. Duranton, t. IX, nos 144, 186 et suiv. Proudhon, *De l'usuf.*, t. II, p. 599. Vazeille, n° 4, sur l'art. 1003. Coin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1003. Zachariæ, § 711, t. V, p. 378.

(3) Fenet, t. XII, p. 560. Locré, t. XI, p. 407, n° 66.

leur revient; le legs du surplus est un legs universel (1). Or, la réserve est toujours une quote, la moitié, le tiers, le quart, et, néanmoins, on n'a pas la pensée de soutenir que le surplus n'est qu'une autre quote-part corrélative et exclusive de toute universalité. Il a même été jugé par la cour de cassation (2) que, lorsque le testateur a défini par un chiffre précis la part du réservataire, comme, par exemple : « Je » donne à ma mère le quart de mes biens pour lui tenir lieu » de sa réserve, » le legs du surplus n'est pas seulement un legs de la quotité restante, c'est-à-dire des trois quarts, mais que ce legs a toute l'étendue d'un legs universel. Pourquoi donc en serait-il autrement quand la quotité du legs à titre universel est fixée par la volonté arbitraire du testateur? Cette réflexion nous conduit à penser qu'il n'y a pas une entière similitude entre le legs du surplus venant après un legs de quotité, et le legs de deux quotités précises qui épuisent l'hoirie et se limitent respectivement. Le legs du surplus a beaucoup plus d'élasticité; il se prête à une étendue variable. Au contraire, le legs des trois quarts des biens, après le legs du quart, ne peut jamais comprendre rien de plus que ces trois quarts; il est renfermé dans ce cercle infranchissable; nul objet ne peut venir s'y ajouter sans forcer la volonté. Comment, par exemple, y ferait-on entrer la représentation de la personne du défunt, et le droit de saisine dont le testateur peut évidemment disposer, toutes les fois qu'il n'a pas un héritier à réserve? Comment pourrait-on dire que, par le legs des trois quarts des biens, le testateur a investi son légataire de ces prérogatives juridiques qui sont en dehors d'une fraction de ces mêmes biens? Au lieu que dans le legs du surplus, il n'y a rien qui choque la raison et les mots, lorsqu'on entend que ce surplus comprend,

(1) Vazeille, *loc. cit.*

(2) Cassat., rej. de Bordeaux, 11 av. 1838 (Devill., 38, 1, 418).

outre les choses mobilières et immobilières, ces attributs qui forment le *nomen juris*, qui sont une partie de l'universalité, et qui caractérisent la transmission de la succession.

1785. A plus forte raison, le legs du surplus devrait-il être considéré comme universel, s'il venait après un legs à titre universel qui ne serait pas un legs de quotité, mais qui serait, par exemple, le legs de tous les meubles, ou bien encore le legs de tous les immeubles. On comprend, en effet, qu'en pareil cas, il serait beaucoup plus difficile de transformer le legs du surplus en un legs de quotité précise. Il a évidemment une étendue sans limite qui attire à elle tous les éléments utiles, matériels ou abstraits de la succession, à l'exception des parties qui en ont été retranchées par le legs à titre universel. Quoique le contraire ait été jugé par un arrêt de la cour de Bruxelles, du 29 juillet 1809 (1), il n'en faut pas moins tenir notre proposition comme constante. Nous craignons que cet arrêt n'ait été influencé par quelques-uns des souvenirs de l'ancienne jurisprudence retracée par Denizart et dont nous avons parlé plus haut (2).

1786. En principe et dans les circonstances ordinaires, le legs de tous les meubles, ou bien le legs de tous les immeubles, sont des legs à titre universel. Voici cependant un cas où le legs de tous les immeubles a dû être considéré, à

(1) Dalloz, *Jur. gén.*, t. VI, p. 76. Devill., 3, 2, 109.

(2) N° 1783. — Il a été décidé en effet que la disposition par laquelle un testateur, après avoir déclaré instituer deux légataires universels, donne à l'un certains objets déterminés et le surplus de tous ses biens à l'autre, ne constitue un legs universel qu'en ce qui touche ce dernier, le legs fait au profit du premier constituant un legs particulier. Cassat., 9 août 1858 (*J. Palais*, 1859, p. 499). Et il résulte de la jurisprudence qu'à cet égard la cour de cassation n'est pas liée par la décision des juges du fond. V. Cass., 28 av. 1827, 3 av. 1849 (*J. Pal.*, 1851, t. I, p. 465), 5 mai 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. II, p. 484). V. aussi Rouen, 2 mars 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. I, p. 496). Orléans, 6 janvier 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 20). *Infra*, n° 1790.

raison de faits particuliers, comme constituant un legs universel.

Un testateur donne tous ses meubles, dettes actives, or, argent, argenterie, etc., à Primus. Il donne ensuite tous ses immeubles à Secundus, fils de Primus, en l'assujettissant à toutes les charges héréditaires; il déclare, en outre, que si Primus vient à décéder avant l'ouverture de la succession, le legs de tous les meubles profitera à Secundus, déjà légataire de tous les immeubles, comme on vient de le voir. Enfin, il est à remarquer que le testateur donne à Secundus le titre de son héritier universel.

Quoiqu'il ait été soutenu devant la cour de Lyon et devant la cour de cassation que le legs fait à Primus n'était qu'un legs à titre universel, on aperçoit cependant qu'il y avait un ensemble de circonstances spéciales qui donnait à la disposition un caractère évident d'universalité. Non-seulement Secundus était investi du titre d'héritier universel, mais il en avait encore les attributions. Il devait payer tous les legs, charges et dettes. Et le testateur avait si bien voulu lui transférer l'universalité de sa succession, que, prévoyant le cas de la caducité du legs des meubles, il l'avait appelé à profiter de cet élément considérable de son hoirie. Aussi la cour de cassation n'a-t-elle pas hésité à rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Lyon, qui avait vu dans le legs dont il s'agit un legs universel (1).

1787. Le legs de tous les meubles et de tous les immeu-

(1) Cassat., 25 nov. 1818 (Devill., 5, 1, 551). Il a été décidé pareillement que la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué un légataire universel, énumère comme étant compris dans le legs tous les biens qu'il possède actuellement, n'empêche point que ce legs ne soit universel, alors surtout que l'intention du testateur de faire un legs de cette nature ressort de l'ensemble du testament. Lyon, 22 fév. 1859 (*J. Pal.*, 1860. p. 182; Devill., 59, 2, 548).

bles ne comprend pas, à la rigueur, l'universalité de la succession (1); mais supposons que le testateur dise : « Je donne » à Pierre la totalité, en meubles et immeubles, de ce qui » m'appartient sans aucune réserve, » et qu'à cette disposition il ajoute que le légataire payera les charges imposées à tout légataire universel. Il n'y aura rien que de très-juridique dans la décision qui attribuera à Pierre la qualité de légataire universel. Ces mots, « sans réserve, » joints à ceux « à la totalité de ce qui m'appartient, » indiquent qu'il ne faut pas prendre le mot « meubles » dans un sens restreint, et que le testateur a voulu faire passer sur la tête de Pierre la totalité de ses droits quelconques. C'est, d'ailleurs, ce qu'il exprime lui-même en le comparant, sous le rapport des charges, à un légataire universel. Dans sa pensée, Pierre n'avait pas une autre position pour ce qui concerne l'émolument (2).

1788. Pour terminer cette série d'exemples, nous citerons un dernier arrêt où, malgré les apparences extérieures, un legs a été considéré comme limité, bien que le testateur eût donné à celui qu'il instituait le titre de légataire universel.

L'abbé Volfius, ancien évêque de Dijon, laisse un testament par lequel il institue ses légataires universels pour une demie chacun, Marie Guedeney, sa domestique, et le sieur Sylvestre.

Le testament fut attaqué par les héritiers comme étant l'œuvre de la suggestion et de la captation, et, dans le fait, le résultat de l'instruction établit que l'abbé Volfius avait été circonvenu par les manœuvres dolosives de Marie Guedeney. Le legs de moitié fait à cette femme fut donc déclaré nul. Mais à qui devait profiter la nullité? Aux héritiers *ab*

(1) Arg. de l'art. 533 du C. Nap.
(2) Rouen, 27 mai 1806 (Devill., 2, 2, 148).

intestat, ou au sieur Sylvestre, qui se prévalait de son titre de légataire universel ?

La cour de Dijon, après avoir étudié toutes les circonstances de la cause, décida que Sylvestre n'était qu'un légataire de quotité ; que l'intention du testateur n'avait jamais été que cet individu recueillît plus que la moitié, et que ce serait outre-passer sa volonté que de le faire profiter de la nullité. Sur le pourvoi, la requête fut rejetée par arrêt de la cour de cassation, du 18 mai 1825 (1).

Ces décisions se soutiennent par une appréciation dont on ne saurait contester l'exactitude. Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'on faisait à Sylvestre une condition très-favorable ; car, pour le considérer comme légataire universel, il aurait fallu l'associer à la femme Guedeney, et, dans ce cas, il aurait eu le même sort que cette dernière. Ce n'est que parce qu'une interprétation bénigne l'avait séparé de cette femme que son legs se soutenait. Or, dans cet état de choses, il n'était possible de voir, dans la libéralité qui lui était faite qu'un legs limité à une quotité et non un legs universel.

1789. Nous examinerons, au n° 1846, quel est le caractère du legs de l'usufruit de tous les biens.

1790. On voit, du reste, par ce qui précède, que peu importera la dénomination que le testateur aura donnée à son legs. Legs universel ou legs à titre universel, c'est d'après l'ensemble des dispositions contenues au testament qu'il faut apprécier le caractère du legs. C'est à la vérité qu'il faut s'arrêter et non à l'écorce des mots ; c'est à l'intention du testateur et non aux expressions dont il s'est servi (2).

(1) Devill., 8. 1, 126.

(2) Bruxelles, 24 juill. 1809 (Dalloz, *Jur. gén.*, t. VI, p. 76). Cassat.,

Article 1004.

Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

SOMMAIRE.

1791. De la saisine des biens.
1792. Le testateur ne peut priver les héritiers légitimes de la saisine.
1793. Des actions qui compètent au légataire pour obtenir la délivrance. — Du droit romain.
1794. Des actions personnelle, réelle et hypothécaire acordées par le Code aux légataires.
1795. Difficultés entres les anciens auteurs sur le point de savoir si l'action hypothécaire doit être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers.
1796. Cette hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier?
1797. Le légataire universel qui demande la délivrance de son legs, doit-il venir par simple action?
1798. Procédure de l'action en délivrance. — Cette action appartient à la juridiction contentieuse.

COMMENTAIRE.

1791. L'art. 1004 et les suivants s'occupent de la saisine des biens dans le cas où il y a un légataire universel.

Nous avons fait connaître (1) l'état de la législation ancienne, soit romaine, soit coutumière, sur la manière dont les successions se trouvaient déférées par testament. Nous

18 mai 1825 (Devill., 8, 1, 126). Cassat., 28 août 1827 (Devill., 8, 1, 678).

(1) Nos 1434 et suiv.; nos 1754 et suiv.

avons dit que, d'après le droit romain, l'institué était saisi au préjudice des héritiers *ab intestat;* qu'au contraire, dans le droit coutumier, c'étaient les héritiers *ab intestat* qui étaient saisis de plein droit, et que les légataires devaient leur demander la délivrance. Enfin, nous avons montré comment le Code a concilié ces deux systèmes par un parti mitoyen, en donnant la saisine légale aux héritiers du sang lorsqu'ils sont légitimaires, et en donnant la saisine aux légataires universels, sans avoir égard aux héritiers *ab intestat*, lorsqu'il n'y a pas de légitimaires. Il est inutile de nous arrêter plus longtemps sur ce point.

1792. Notre article prévoit le cas où un légitimaire est en concours avec un institué, et, comme nous venons de le rappeler, il dit que le légitimaire est saisi de plein droit (1), et que le légataire est tenu de lui demander la délivrance.

Mais le testateur peut-il, par une disposition expresse, priver les héritiers légitimes de la saisine légale et dispenser les légataires universels de la demande en délivrance?

La question se résout évidemment par la négative.

Dans le droit romain, cependant, même après que les legs eurent été égalés (2) et qu'ils furent soumis à la demande en délivrance, on regardait comme constant que le légataire était dispensé de la demander dans deux cas : le premier, lorsqu'il se trouvait en possession légitime de la chose léguée (3); le second, lorsque le testateur lui avait permis expressément de prendre possession du legs sans demander la délivrance (4).

(1) Ils sont saisis de plein droit sans avoir besoin de faire acte d'héritier. *Infra*, art. 1006.

(2) N° 1761.

(3) Ulpien, l. 1, § 5, D., *Quod legatorum*.

(4) Furgole, ch. 10, n° 60. Guy Pape, *quest*. 609. Voët, *Ad Pand.*, *De*

Mais ce point de droit n'était point suivi dans les pays coutumiers, « parce que la possession de droit des héritiers » étant en leur faveur (en vertu de la maxime *le mort saisit* » *le vif*), et contre la liberté du testateur, il s'ensuivait qu'il » n'était pas en son pouvoir de se dispenser lui-même d'une » loi qui lui était imposée de ne pouvoir saisir, de plein » droit, ses légataires (1). »

Quant au cas où le légataire se trouvait déjà en possession (et ceci avait plus particulièrement rapport au légataire d'un objet déterminé), ce légataire n'était pas obligé de ressaisir l'héritier du sang, pour lui demander ensuite la délivrance par un circuit d'actions inutile et dispendieux (2).

Sous le Code, ces deux opinions doivent être adoptées. La saisine est, en effet, un moyen d'ordre et de régularité dont on ne saurait s'écarter sans inconvénient; il ne dépend pas du testateur de porter atteinte à une dévolution que la loi a établie en vue d'une prééminence due à certaines personnes privilégiées par le sang (3). Mais, lorsque le légataire est déjà saisi, le motif de la loi disparaît; il faut éviter, sous une législation aussi simple que la nôtre, les détours, les longueurs et les formalités superflues (4).

1793. Il convient maintenant d'examiner quelles actions a le légataire pour obtenir la délivrance.

Dans le droit des Pandectes, on distinguait quatre

legatis, n° 45. Papon, l. 20, t. 5, *arrest.* 1. Grotius, *Manuel de la jurisp. holland.*, l. 2, c. 23, n°s 26 et 27.

(1) Ricard, part. 2, n° 9. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 2, § 2.

(2) Ricard, *loc. cit.*, n° 11.

(3) Grenier, n° 299. M. Bayle-Mouillard, même numéro. Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 3, p. 783. Toullier, t. V, n° 494. Delvincourt, t. II, note 7, sur la p. 4. MM. Duranton, t. IX, n° 191. Coin-Delisle, n° 6, sur l'art. 1004. *Junge* Bruxelles, 2 déc. 1830 (Devill., 31, 2, 63).

(4) Nous examinerons *infra*, n° 2366, si l'institué contractuel est saisi et, par conséquent, dispensé de demander la délivrance.

sortes de legs : le legs *per vindicationem*, le legs *per damnationem*, le legs *sinendi modo*, et le legs *per præceptionem* (1).

Le legs *per vindicationem* se faisait par ces paroles : *Do, lego, capito, sibi habeto* (2). Dans ce cas, le légataire avait la faculté de vendiquer la chose léguée sur l'héritier et même sur un tiers. La chose appartenait au légataire aussitôt après l'adition d'hérédité. Il fallait toutefois, pour cela, d'après une constitution d'Antonin le Pieux, que le légataire eût connaissance du legs (3).

Le legs *per damnationem* se faisait par ces paroles : *Hæres meus damnas esto dare*, ou bien : *Dato, facito, hæredem meum jubeo* (4). Le légataire devait demander la délivrance par l'action *in personam* (5).

La formule du legs *sinendi modo* était ainsi conçue : *Hæres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere illam rem sibique habere* (6). Le légataire devait également demander la délivrance par l'action *in personam* (7).

Le legs *per præceptionem* était par sa nature un legs par préciput, et se faisait par suite à un héritier : *Lucius, Titius illam rem præcipito* (8). L'héritier ainsi gratifié se faisait remplir de son legs par l'action *familiæ erciscundæ* (9).

Justinien (10) abrogea, comme nous l'avons dit (11),

(1) Instit., *De legatis*, § 2, Pothier, *Pand.*, t. II p. 269, n° 2.
(2) Caïus, *comm.* 2, § 193. Ulpien, *reg.* 24, § 3.
(3) Caïus, *comm.* 2, § 195.
(4) Caïus, *comm.* 2, § 201.
(5) Caïus, *comm.* 2, § 204.
(6) Caïus, *comm.* 2, § 209. Ulpien, *reg.* 24, § 5.
(7) Caïus, *comm.* 2, § 214.
(8) Caïus, *comm.* 2, § 216. Ulpien, *reg.* 24, § 6.
(9) Caïus, *comm.* 2, § 219.
(10) Instit., *De legat.*, §§ 2 et 3. Ulpien, l. 1, D., *De legat.*, 1°.
(11) Nos 1755, 1761. Voy., au comm. de l'art. 1017, les nos 1924 et suiv.

toutes les distinctions que le droit romain avait établies entre les quatre espèces de legs; il accorda trois actions différentes pour obtenir le payement des legs et des fidéicommis de la part des héritiers qui en étaient grevés; obligeant les légataires et fidéicommissaires à demander la délivrance, et les soumettant à l'interdit *quod legatorum*, s'ils prenaient possession de leur autorité.

Ces trois actions étaient l'action personnelle, l'action réelle ou en revendication, et l'action hypothécaire (1).

L'action personnelle, ou l'action *ex testamento*, avait pour but de faire condamner celui qui était grevé du legs à la délivrance de la chose, si elle existait et si elle était en sa possession, sinon à en payer la valeur (2). Cette action était fondée sur le quasi-contrat qui s'établit entre l'héritier et celui dont il accepte la succession, et sur l'obligation tacite qu'il contracte par là d'exécuter les volontés de ce dernier. Elle ne compétait que contre le grevé de legs, c'est-à-dire contre l'héritier (3).

L'action réelle ou la revendication résultait du principe que la propriété de la chose léguée passait immédiatement sur la tête du légataire. Celui-ci pouvait l'intenter aussi bien contre les tiers possesseurs que contre l'héritier lui-même; car, en matière de revendication, on n'examine pas si l'assigné est personnellement obligé envers le demandeur, mais seulement si celui-ci est propriétaire de la chose que celui-là possède (4). L'action *de rei vindicatione* ne pouvait

(1) Furgole, ch. 10, n° 26. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 331, n°s 295 et suiv.

(2) Furgole, ch. 10, n° 26. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 6, p. 787.

(3) Voët, *De legat.*, n° 38 (*Ad. Pand.*). Pothier, *Pand.*, t. II, p. 332, n° 102. *Infra*, n° 1921.

(4) Julianus, l. 55, D., *De rei vindicatione* : « *Si possessor fundi, ante* » *judicium acceptum, duobus hæredibus relictis, decesserit, et ab altero ex*

compéter pour les legs d'une somme, d'une quantité : elle n'avait lieu que pour les corps certains et déterminés qui seuls pouvaient être l'objet de la vendication (1).

L'action hypothécaire devait son existence à Justinien (2). L'hypothèque légale qui faisait la matière de cette action affectait généralement tous les biens qui avaient été transmis à l'héritier chargé du payement du legs. Le testament produisait donc hypothèque sur ces biens, et il en résultait de grands avantages pour les légataires, ne fût-ce que de pouvoir agir contre les tiers acquéreurs des biens recueillis par la personne obligée au payment (3).

1794. Ces trois actions ont été conservées par le Code Napoléon. C'est ce qui résulte des art. 1009, 1012 et 1017.

On objectera que ces articles ne parlent nullement des

» *his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum* » *condemnari debeat dubitari non oportet.* »

(1) Voët. *De legat.* (*Ad. Pand.*, n° 39).

(2) L. 1, C., *Communia de legatis*. Voët, *loc. cit.*, n° 40.

(3) Voët. *Ad Pand., In quibus causis pignus vel hypot.*, l. 20, t. II, n° 21, s'exprime ainsi :

« *Effecit et favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis ac fidei-* » *commissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro* » *legati ac fideicommissi per eum relicti securitate : non item in bonis hæ-* » *redis aut aliter gravati. Cujus hypothecæ non ea vis est, quod tum lega-* » *tarii tum fideicommissarii exercere possent prælationis jus in bonis de-* » *functi adversus defuncti ipsius creditores ; cum in aperto sit, et veteri et* » *novo jure nec legata nec fideicommissa præstanda esse, nisi postquam omnes* » *dimissi fuerint defuncti creditores. Sed potius quod creditoribus hæredis* » *anteponendi sint in defuncti rebus.... Unde sicut legatarii omnibus post-* » *ponendi sunt defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus hæredis aut* » *restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali* » *minutis potiores sunt....* »

Notre régime hypothécaire a modifié les principes posés par Voët. C'est la séparation des patrimoines qui fait préférer le légataire aux créanciers personnels. L'hypothèque n'empêche pas le concours de ces derniers, lorsqu'ils sont créanciers hypothécaires; bien plus, l'hypothèque du légataire n'a rang que du jour de son inscription. *Infra*, sous l'art. 1017, n° 1927.

légataires universels et qu'ils ne s'appliquent qu'aux legs particuliers. Mais la réponse est facile. Il n'est pas probable que la loi ait voulu donner plus de faveur aux legs particuliers qu'aux legs universels, et mieux assurer dans un cas que dans un autre la volonté du testateur. D'ailleurs, si les légataires universels sont *loco hæredis*, ce n'est que pour le payement des dettes et des charges héréditaires. A l'égard des légitimaires, ils ne sont que de simples légataires tenus à demander la délivrance. Voudrait-on que l'héritier réservataire saisi de la succession pût vendre ou aliéner les biens et qu'il ne fût tenu que d'une simple action personnelle qui serait insuffisante? Ce système n'aurait-il pas pour effet de favoriser la violation de la volonté du testateur? Il faut donc que, pour la sûreté du legs, le légataire universel ait l'action hypothécaire comme le légataire particulier. Dans le droit romain, l'héritier *in re certa* avait cette action contre l'héritier universel institué, parce que cette chose certaine tenait lieu de legs (1). Ne doit-il pas en être de même du légataire universel qui, à l'égard de l'héritier légitime, n'est qu'un simple légataire?

A la vérité, l'action réelle ou de vendication dont il est question au Dig., sous le titre *De rei vindicatione*, ne compète que pour les corps certains; elle n'a pas lieu pour les dettes pécuniaires, la prestation des faits, les libérations, les legs de quantité, les servitudes (2); et un legs universel peut comprendre toutes ces choses (3). Mais rien n'empêcherait que le légataire universel ne pût intenter l'action de vendication pour un corps certain faisant partie du legs dont on refuserait de faire la délivrance, et qui serait pos-

(1) Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 40.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 39.

(3) D'ailleurs l'action *vindicatio rei* n'a pas lieu pour une universalité (Pothier, *Pand.*, t. I, p. 213 et 214, nos 1 et 2).

sédé par un tiers. Car l'action de vendication appartient à tout propriétaire qui trouve sa chose possédée par autrui (1).

Le légataire universel a donc trois actions pour obtenir la délivrance des choses qui composent son don : l'action personnelle, l'action réelle, et l'action hypothécaire.

L'action personnelle pour faire condamner le détenteur, ou les détenteurs, à la délivrance de tout ce que contient le legs, sinon à en payer la valeur.

L'action de vendication pour se faire délivrer, par le possesseur, les corps certains qui peuvent être compris dans le legs.

L'action hypothécaire, par laquelle les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout à la délivrance du legs. Cette hypothèque légale fait que tous les biens composant la succession sont affectés au payement du don, quels que soient les partages que les héritiers aient pu faire entre eux.

Supposons, pour faire mieux comprendre le sens de la loi, que Titius laissant deux fils, institue Sempronius pour son légataire universel. Au décès du testateur, Sempronius est cru mort. Les deux frères s'emparent de la succession, et par un arrangement l'aîné garde tous les biens, et récompense son frère en argent. Au bout de cinq ans Sempronius reparaît, il demande l'exécution de son legs universel, et assigne l'aîné des enfants de Titius auquel il demande la délivrance de la totalité des biens : si cet aîné n'était tenu que d'une hypothèque divisible suivant sa part et portion, il ne devrait restituer que la moitié des biens. Mais comme l'hypothèque est de sa nature indivisible, et qu'il est tenu hypothécairement pour le tout, il devra restituer tous les biens, sauf son recours contre son frère.

(1) Voët. *Ad. Pand.*, *De rei vindicat.*, n° 2. Pothier, *Pand.*, t. I, p. 213, n° 12.

1795. Cependant ce point a eu de la peine à s'établir dans la jurisprudence. Les plus graves interprètes étaient partagés sur la question de savoir si l'hypothèque devait être exercée solidairement contre chacun des cohéritiers, ou bien si elle devait être intentée suivant la portion héréditaire de chacun.

Dumoulin (1), Cujas (2), Henrys (3), Ricard (4), Favre (5), Voët (6) et Pothier (7), pensaient que cette hypothèque légale était d'un genre particulier, qu'elle se divisait comme l'action personnelle dont elle dépendait, et que les héritiers n'en étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur portion héréditaire (8).

D'autres, comme Loiseau (9) et Renusson (10), pensaient que les testaments reçus par une personne publique produisaient une hypothèque ordinaire et indivisible, mais que les testaments olographes ne produisaient qu'une hypothèque divisible.

Quelques-uns, tels que Choppin (11), Maynard (12) et Louis Carondas (13), rejetant l'indivisibilité de l'hypothèque légale au profit du légataire, l'admettaient toutefois pour les legs pieux.

Enfin, un quatrième avis rejetant toutes ces distinctions,

(1) *De dividuo et individuo*, part. 2, nos 8 *et seq.*
(2) L. 33, *D. De legatis*, 2°, *lib.* 9, *Resp. Modestini.*
(3) T. 2, l. 4, quest. 171 (édition de 1738).
(4) Part. 2, ch. 1, sect. 4, n° 28.
(5) *Code*, l. 6, tit. 23, déf. 1 et 7.
(6) Lib. 20, t. II, *Ad. Pand.*, n° 21.
(7) *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 2.
(8) Grenier, *Hypothèques*, n° 422.
(9) *Du Déguerpissement*, l. 1, ch. 7, nos 4 et 5.
(10) *Traité des Propres*, ch. 3, sect. 12.
(11) *De moribus Parisiens.*, l. 2, t. IV, n° 19.
(12) Liv. 8, ch. 63.
(13) *Réponses*, l. 6, ch. 33.

soutenait que l'hypothèque légale accordée par Justinien n'avait aucun caractère particulier; qu'elle était indivisible et solidaire contre tous les héritiers; que si ces derniers devaient être condamnés personnellement, pour leur part et portion, ils devaient être condamnés hypothécairement pour le tout. Telle était l'opinion de Furgole (1), de Merlin (2) et de plusieurs autres auteurs plus anciens (3).

Toutes ces opinions divergentes venaient de l'interprétation à donner à la loi 1 au Code, *Communia de legatis*.

Cujas, Dumoulin et les autres soutenaient que Justinien avait dit : « que chaque héritier ne pourrait être actionné » par l'action hypothécaire que dans les bornes de l'action » personnelle. »

Furgole enseignait, au contraire, d'après la loi précitée, que si l'action personnelle se divisait entre les héritiers pour leur part et portion, l'action hypothécaire subsistait contre chacun d'eux sans division et pour le tout (4).

Nous venons de voir (5) que c'est pour cette dernière opinion que le Code s'est déterminé : et l'on ne peut disconvenir qu'il n'ait choisi le parti le plus conforme aux principes naturels de l'hypothèque, et le mieux fait pour assurer la volonté du testateur et le payement des legs.

1796. Mais cette hypothèque s'étend-elle aux biens propres de l'héritier, ou bien est-elle bornée aux biens de la succession ?

La loi 1 au Code, *De legatis*, décide que les biens de l'héritier ne sont pas obligés (6). Il y a plus, la loi 1 au Digeste,

(1) Ch. 10, nos 43 et suiv.

(2) Répert., vo *Légataire*, § 5, nos 12 et suiv., p. 793 et suiv.

(3) Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 8, no 26. Mornac sur la l. 18, C., *De pactis*. Ragueau sur la l. 1, C., *Communia de legatis*.

(4) Furgole, *loc. cit.*

(5) No 1794.

(6) Voët, *Ad. Pand.*, *De legat.*, no 21.

De pignoribus, enseigne que l'adition elle-même ne donnait aux légataires du défunt aucun droit d'hypothèque sur les biens de l'héritier; car, chez les Romains, l'hypothèque ne s'acquérait que par stipulation et jamais par le caractère de l'acte et de la personne qui l'avait reçu (1).

Dans le droit français, où l'on suivait d'autres principes, il en était différemment.

Si l'adition se faisait en justice ou par acte notarié, elle soumettait à l'hypothèque les biens de l'héritier; car l'adition opérait un quasi-contrat entre l'héritier et les légataires, et quand ce quasi-contrat se trouvait contenu dans un acte produisant hypothèque, comme le faisaient les actes publics, les légataires avaient nécessairement une hypothèque du jour de l'adition.

Que si l'adition se faisait sans acte judiciaire ou notarié, les légataires n'avaient aucune hypothèque à prétendre (2).

Cette distinction n'a plus d'autorité sous le Code et ne peut plus être suivie; car l'acceptation par acte authentique de l'héritier, ne produit pas un consentement exprès pour hypothéquer ses biens et n'entraîne pas une désignation spécifique de ces biens. L'acceptation au greffe n'équivaut pas à un jugement (3).

1797. Le légataire universel, qui demande la délivrance de son legs, doit-il venir par simple action, ou bien peut-il procéder *de plano* par voie de saisie et exécution?

Quelques auteurs (4) pensaient, sous l'ancienne législa-

(1) Furgole, ch. 10, n° 52.

(2) Furgole, *loc. cit.*

(3) C. Nap., art. 2123, 2129. Merlin, *loc. cit.*, p. 797. *Infra*, n°s 1927 et suiv.

(4) Bœrius, décis. 295, n° 12. Alexandre, *ad leg.* 3, C. VI, 33. Decius, *ad leg.* 12, D., *De reg. juris.* Alciat, *ad. leg.* 178, D., *De verb. signif.* Natta, *in cons.* 206, n° 4, et *cons.* 626, n° 25.

tion, que l'on pouvait commencer par voie d'exécution; d'autres (1) voulaient que l'on ne pût venir par exécution que lorsque le testament était authentique; d'autres, enfin, voulaient que, dans tous les cas, on ne pût venir que par droit d'action (2).

Cette dernière opinion est la seule bonne. Nous avons dit que le légataire avait trois actions; mais aucune de ces actions ne peut servir de fondement à un acte d'exécution. Ce n'est que lorsqu'elles ont été intentées dans la forme ordinaire, qu'elles peuvent donner lieu à la voie d'exécution, si toutefois elles ont été suivies d'un jugement de condamnation (3).

1798. D'après l'art. 59 du Code de procédure civile, c'est dans le lieu où la succession est ouverte que l'action en délivrance doit être intentée.

Le tribunal ne pourrait ordonner la délivrance sans que l'héritier qui doit la faire eût été dûment appelé; car ici, il s'agit d'une affaire de juridiction contentieuse (4), qui diffère essentiellement de l'ordonnance de mise en possession dont il sera parlé aux articles 1006 et 1008 (5).

Suivant M. Merlin, l'art. 59 du Code de procédure civile doit être circonscrit entre les héritiers et les légataires. Si les légataires agissaient contre des tiers détenteurs, cet auteur pense qu'ils pourraient les actionner soit par action réelle, soit par action hypothécaire devant le juge de la situation des biens (6).

(1) L'auteur des notes sur la Peyrère, v° *Testam.*, cite à l'appui deux arrêts du parlement Bordeaux.

(2) Fachinæus, l. 5, *Controv.*, cap. 31, Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 8, n° 21. Furgole, ch. 10, n° 63.

(3) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 6, n° 19, p. 799. Toullier, t. V., n° 564. Voy. *infra*, n° 1798 et sur l'art. 1005, n° 1802.

(4) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 2, § 2. Toullier, *loc. cit.*

(5) Voy. *infra*, n° 1805.

(6) Merlin, *loc. cit.*, n° 20, p. 799.

Remarquons, au surplus, que comme le légataire doit prendre la chose de la main de l'héritier, s'il veut intenter action contre les tiers, il faut, de deux choses l'une, ou qu'il ait la permission de l'héritier, ou qu'il assigne cet héritier lui-même pour être présent à l'instance (1). Furgole blâme cette doctrine suivie en pays coutumier (2); mais nous ne pouvons nous ranger à son opinion (3).

ARTICLE 1005.

Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait volontairement été consentie.

SOMMAIRE.

1799. Pourquoi le légataire universel a la jouissance des biens du jour du décès.

1800. Conditions auxquelles le légataire est soumis dans ce cas.

1801. Pourquoi le légataire qui n'intente pas sa demande en délivrance dans l'année est privé des fruits.

1802. Il ne suffirait pas que le légataire eût intenté, dans l'année, une action réelle ou hypothécaire contre les tiers.

1803. Cas dans lesquels il n'est pas nécessaire que le légataire forme la demande en délivrance.

1804. Mais le légataire ne pourrait, pour se dispenser de cette demande, invoquer une possession illégitime.

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*, n° 56. *Junge* Toullier, t. V. n° 572.

(3) *Infra*, n° 1802, art. 1005.

COMMENTAIRE.

1799. Le Code, tout en soumettant le légataire universel à la demande en délivrance, lui donne la jouissance des biens, à compter du jour du décès. Le motif en est que la propriété de la chose léguée passe de plein droit au légataire, aussitôt que le testament commence à produire effet par la mort du testateur.

Lorsque nous en serons à l'art. 1014, nous ferons connaître s'il en a toujours été ainsi dans le droit romain et dans le droit français. D'ailleurs le légataire universel a droit à l'universalité des biens ; ce qui comprend les fruits depuis le décès (1).

1800. Mais pour que le légataire ait droit à cette jouissance, il faut qu'il intente son action en délivrance dans l'année du décès. Car si, d'une part, il est propriétaire, de l'autre, il ne peut s'emparer lui-même de la chose léguée.

Si, négligeant ses intérêts, le légataire ne demande pas la délivrance dans l'année du décès, il n'a droit aux fruits qu'à compter du jour où il aura postérieurement formé sa demande, ou du jour que la délivrance aura été volontairement consentie.

1801. En déterminant un délai dont l'échéance prive le légataire des fruits depuis le jour du décès, il semble que le législateur ait voulu que la nonchalance du légataire universel, qui, pour les dettes et les legs, représente le défunt, ne nuisît pas aux créanciers de ces dettes et legs, et que, d'ailleurs, les légitimaires n'eussent pas à supporter le fardeau d'une hérédité destinée à sortir de leurs mains. Le gain des fruits était le moins que la loi pouvait faire pour les indemniser de leurs soins à la conservation de l'hérédité pendant un an. D'ailleurs, la position qu'avait le défunt se

(1) *Infra*, n° 1872.

trouve interrompue par la jouissance des héritiers pendant un an; elle ne peut donc plus être continuée sur la tête des héritiers testamentaires (1).

1802. *Quid* si, dans l'an, le légataire avait intenté une action réelle ou hypothécaire contre des tiers sans l'assentiment du légitimaire, ou sans l'avoir mis en cause? Ce que nous avons dit sous l'article précédent (2) tranche cette question : ce n'est pas des tiers possesseurs que le légataire doit recevoir la délivrance, c'est de l'héritier. Ainsi son action contre les tiers ne lui profiterait pas pour les fruits (3).

1803. La délivrance peut être volontairement consentie par l'héritier, sans que le légataire ait besoin de former de demande.

Il n'est pas douteux que ce consentement de l'héritier peut être tacite, et s'induire de faits révélant son intention d'accorder au légataire la délivrance de son legs (4).

Du reste, il est un cas où, comme nous l'avons vu (5), le légataire n'a pas besoin de demander la délivrance: c'est lorsqu'il est déja en possession au moment de l'ouverture de la succession. Dans ce cas, il n'encourt point la perte des fruits (6).

1804. Mais il n'en serait pas de même s'il s'était mis,

(1) Furgole, ch. 10, n° 12.

(2) *Supra*, n°s 1798.

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 2, § 1. Toullier, t. V, n° 574. Bordeaux, 24 avr. 1834 (Devill., 34, 2, 461).

(4) Bordeaux, 23 avril 1844 (Devill., 44, 2, 492). Cassat., 18 novembre 1840 (*J. Palais*, 1840, 2, 648).

(5) N° 1792.

(6) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 5, § 2. Toullier, t. V, n° 541. Grenier, n° 301. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 5, n° 7. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 386. *Junge* Nîmes, 5 janv. 1838 (*J. Palais*, 1838, 2, 274. Devill., 38, 2, 289) Limoges, 21 fév. 1839 (*J. Palais*, 1839, 2, 324. Devill., 39, 2, 332). Bourges, 27 janv. 1838 (*J. Palais*, 1840, 2, 28). Nancy, 31 janvier 1835.

depuis l'ouverture de la succession, en possession, soit violemment, soit par voie de fait, soit par une appréhension non consentie. Dans ce cas, il devrait la restitution des fruits à compter du jour de son indue possession. Car cette possession serait illégitime et ne résulterait ni d'une action, ni d'une convention, et notre article ne la reconnaît pas (1).

ARTICLE 1006.

Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

SOMMAIRE.

1805. Cas dans lequel le légataire universel a la saisine de plein droit.
1806. Coup d'œil sur les principes du droit romain en matière d'hérédité. — Des héritiers nécessaires.
1807. Des héritiers siens.
1808. Des héritiers siens et nécessaires.
1809. Des héritiers étrangers.
1810. De l'adition d'hérédité. — 1° De la crétion.
1811. 2° De la gestion comme héritier.
1812. Modifications de la législation romaine sur l'adition d'hérédité.
1813. En France, la maxime *le mort saisit le vif* était et est encore de droit commun.
1814. Difficulté, quant à la saisine du légataire, lorsque le défunt laisse un aïeul et des frères et sœurs.
1815. Si la disposition est soumise à une condition suspensive, le légataire universel ne sera pas saisi de plein droit.

(1) Bordeaux, 23 avril. 1834 (Devill., 34, 2, 461).

COMMENTAIRE.

1805. Nous voici parvenus au cas où le testateur peut créer un héritier avec la même latitude que dans le droit romain, et faire une institution qui saisisse de plein droit le successeur de son choix, au préjudice du successeur *ab intestat* (1). Ce droit éminent est conféré au testateur dans le cas où il ne laisse pas d'héritiers à réserve. Alors celui qu'il favorise dans l'institution universelle n'a pas besoin de demander la délivrance, puisqu'il est saisi de plein droit. Seulement, lorsque le testament qui le gratifie est olographe ou mystique, il doit se faire mettre en possession par une ordonnance du président, qui donne au testament l'exécution parée qu'il n'avait pas, ainsi que nous le verrons bientôt (2).

1806. Pour pouvoir bien comprendre l'importance des mots « de plein droit » employés par notre article, il est utile d'examiner ici quels étaient les principes du droit romain en matière d'hérédité.

Tout le monde connaît cette fameuse distinction du droit romain entre les héritiers nécessaires, les héritiers siens et les héritiers étrangers. Les héritiers nécessaires *absolute*, étaient les esclaves qui recevaient, par le testament de leur maître, et l'hérédité et la liberté (3); ils étaient appelés nécessaires *absolute*, parce qu'ils étaient héritiers malgré eux et que, quand même l'hérédité eût été insolvable, ils étaient forcés de la conserver sans pouvoir s'en abstenir. Ce qui avait été établi par l'orgueil des maîtres chargés de dettes, lesquels, pour s'épargner la honte que leurs biens fussent vendus après leur mort, faisaient retomber cette ignominie

(1) *Supra*, no 1764.

(2) Art. 1008.

(3) Caïus, *comm.* 2, §§ 153 *et seq.* Instit. *De hæred. qualit.*, § 1, l. 2, t. XIX. Doneau, *Comm.* l. 7, cap. 1, no 4.

sur leurs esclaves : *ut existimationi defuncti consulatur* (1). Mais, d'un autre côté, les esclaves y avaient un avantage, puisqu'en considération de ce sacrifice, ils obtenaient une chose d'un prix inestimable, la liberté (2).

1807. Les héritiers siens étaient aussi héritiers nécessaires; mais l'effet de cette nécessité était bien différent : c'était en partie le droit et en partie la volonté du défunt qui faisaient les héritiers siens (3).

Les héritiers siens par le droit étaient les enfants du testateur, qui réunissaient les trois conditions suivantes : 1° d'être héritier testamentaire ou *ab intestat*, car l'exhérédation éteignait la suité (4); 2° d'être en puissance du testateur : c'était en effet la puissance paternelle qui faisait que le fils faisait partie de la famille; s'il était émancipé, il ne faisait plus partie de la famille, il cessait d'être sien, et la continuation des biens ne se faisait pas sur sa personne (5); 3° d'être au premier degré au moment où l'hérédité était déférée; car supposons que le testateur laisse un fils non émancipé ayant des enfants, quoique ses enfants soient au pouvoir de ce testateur, néanmoins leur père seul est héritier sien. Ces enfants ne le sont pas, ils ne pourraient l'être qu'autant que leur père serait mort, ou émancipé du vivant du testateur, ou sorti d'une manière quelconque de la puissance paternelle (6). Bien plus, si, après le décès du testateur, leur

(1) Doneau, *loc. cit.*, n° 15.

(2) Favre, *Conject.*, l. 20, cap. 14, *in fine*.

(3) Doneau, *loc. cit.*, n°s 1 et 2. Vinnius, *Part. jur.*, l. 2, cap. 12.

(4) Cujas sur la l. 18, D., *De post. et liberis*. et sur la nov. 1, part. 1. Doneau, *loc. cit.*, n° 5.

(5) Instit., *De hæred. qualitate*, § 2. Doneau, *loc. cit.*, n° 6.

(6) Caïus, comm. 2, § 156. Paul, *Sentent.*, liv. 4, t. VIII, §§ 7 et 8. Instit., *De hæred. quæ ab intest. def.*, § 1, *ita demum*. Mais si leur père avait été un seul instant héritier, ils ne pourraient jamais être considérés comme héritiers siens.

père s'abstenait; et qu'ils fussent appelés à sa place, ils ne seraient pas héritiers siens du défunt, par la raison qu'ils n'étaient pas les premiers en degré au moment de la délation de l'hérédité (1). De là vient que les anciens disaient qu'il n'y avait pas de succession dans les héritiers siens; car il n'y a pas plusieurs degrés dont l'un puisse prendre la place de l'autre. Il n'y a qu'un seul degré qui est le premier. Ainsi, celui qui prend la place du premier héritier sien ne succède pas comme sien, *nam suus nunquam in locum sui succedit* (2).

Mais quand nous disons qu'il faut que l'héritier soit le plus près au moment de la délation de l'hérédité, nous voulons dire qu'il faut qu'il soit le plus près dans sa ligne. Ainsi le père exclut son fils; le fils, le petit-fils. Que s'il y a plusieurs lignes; si, par exemple, le testateur laisse deux fils non émancipés qui tous ont des enfants; si l'un de ces fils vient à mourir du vivant du testateur, ses enfants seront héritiers siens du testateur et ils concourront avec leur oncle, quoique celui-ci soit d'un degré plus rapproché (3). A la vérité, Cujas (4) veut que ces neveux venant avec leur oncle à la succession, ne soient pas héritiers siens. Mais Jean Acosta traite cette opinion d'erreur (5). Du reste, il paraît que, par l'ancien droit des Pandectes, dont il reste quelques traces dans la loi *Gallus* (6), ces neveux, qui étaient petits-fils du défunt, étaient exclus par leur oncle, et qu'il n'était nécessaire ni de les instituer, ni de les exhéréder (7). Mais cela

(1) Cujas, *Ad. Africanum*, l. 16, D., *De post. et liberis*, obs. 3, 21. Doneau, *loc. cit.*, cap. 2, n° 7. Instit., *De legitim. adgnat. success.*, *pro.* et § 1.

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 6 *in fine*.

(3) Instit., *De hæred. quæ ab int. defer.*, § 6.

(4) Sur la l. *Gallus*, § *In omnibus*, D., *De lib. et post.*

(5) Comment. sur les Instit., *De hæredit. quæ ab int. def.*, n° 10.

(6) L. *Gallus*, § *In omnibus*, D., *De lib. et post.*

(7) Acosta, *loc. cit.*, *De exhæred. liber.*, § 1.

fut changé par la loi dernière au Code, *De liberis præt. vel exhæred.* Il devint nécessaire de les exhéréder ou de les instituer; ils formèrent alors un second degré de suité, et remplacèrent leur père dans la portion qui eût été dévolue à ce dernier.

Les héritiers siens par la volonté du testateur, étaient les enfants de ce testateur, qui étaient substitués pupillairement à leur frère impubère. Car alors, par la volonté du testateur, ils devenaient héritiers siens de l'impubère (1).

1808. Tous ces héritiers siens étaient aussi héritiers nécessaires; *nunc hoc statuatur jure civili liberos qui sui hæredes sunt, eosdem esse et necessarios* (2); par suite de cette nécessité, ils étaient obligés d'être héritiers malgré eux.

Mais pourquoi les appelait-on héritiers siens? Malgré d'excellentes définitions que l'on trouve dans le droit, les interprètes se sont créé des difficultés qui ont rendu la chose obscure, et Alciat rapporte qu'un jour que Politien se vantait d'avoir surpassé Accurse dans ses gloses, Socinius lui ayant demandé ce que c'était qu'un héritier sien, il resta sans parole (3).

Doneau donne de ces expressions « héritiers siens, » cette explication subtile et forcée : c'est que les héritiers siens étaient en quelque sorte héritiers de leurs personnes mêmes; car, ne faisant qu'une seule personne avec leur père, ils étaient considérés comme maîtres des biens que la piété paternelle leur destinait; ils succédaient non-seulement à leur père; mais encore à eux-mêmes (4).

Ce qui a été dit de mieux et de plus vrai là-dessus, c'est

(1) Ulpien, l. 10, § 1, D., *De vulg. et pupill. subst.* Doneau, *loc. cit.*, n° 10. Vinnius, *Part. juris*, cap. 42, l. 1.

(2) Doneau, *loc. cit.*, no 11.

(3) Hilliger *sur Doneau*, l. 7, cap. 2, no 2.

(4) Doneau, *loc. cit.*, nos 12 à 16. Vinnius, *loc. cit.*, cap. 42, lib. 1. Hilliger *sur Doneau*, *loc. cit.*, note 12 et suiv.

ce passage de Caïus, copié par Justinien (1) : « *Sui quidem* » *hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, et* » *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur.* » Ils sont héritiers siens, parce qu'ils ne forment qu'une seule et même personne avec le défunt et qu'ils partagent son domaine sur les choses. Et parce qu'ils sont héritiers siens, ils sont héritiers nécessaires. La qualité d'héritier nécessaire dérive de la suité. On comprend, en effet, que puisqu'ils sont copropriétaires du vivant du père à raison des affections de la nature, à plus forte raison ils doivent l'être à sa mort; à plus forte raison ils ne peuvent répudier au préjudice des tiers un domaine dont ils étaient déjà quasi investis.

Cependant, on s'écarta par la suite de cette rigueur qui mettait les enfants dans une condition beaucoup plus sévère que les héritiers étrangers. Hilliger (2) prétend que l'origine de cette faveur vient du crime de Lucius Papirius, usurier fameux dont l'histoire est rapportée par Tite-Live (3). Quelle qu'elle soit, on ne peut que s'en applaudir.

Ainsi, d'après les anciens principes, les héritiers siens qui étaient les enfants en pouvoir de père, et les héritiers nécessaires qui étaient les esclaves institués avec don de liberté, étaient saisis de plein droit de l'hérédité, à compter du jour du décès du testateur. Bien plus, ils étaient héritiers malgré eux. Ils n'avaient pas la faculté de répudier l'hérédité (4).

On donna aux héritiers siens seulement, c'est-à-dire aux enfants en puissance, le bénéfice de s'abstenir, s'ils n'avaient pas fait acte d'immixtion. Les esclaves n'eurent pas ce bé-

(1) Caïus, *comm.* 2, § 157. Instit., *De hæred. qualit.*, § 2.

(2) *Loc. cit.*

(3) Tite-Live, liv. 8, n° 28, p. 363 (édit. Panckoucke).

(4) Ulpien, l. 12, D., *De acq. vel omitt. hæred.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n°s 1, 2, 3, 4. Furgole, ch. 10, sect. 1, n° 12.

néfice. Mais, malgré ce privilége, les héritiers siens n'en furent pas moins héritiers de plein droit. *In suis hæredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure hæredes existunt* (1).

1809. Les héritiers étrangers ou volontaires (2) étaient considérés d'un œil tout à fait différent. Quoique institués légalement, ils n'acquéraient la qualité et les prérogatives d'héritier que par l'adition ; ils n'étaient nullement saisis de plein droit.

1810. Par le droit des Pandectes, il y avait deux manières de faire adition d'héritier : 1° la crétion ; 2° la gestion comme héritier.

1° La crétion était une manière de faire adition par des paroles solennelles. *Cernere, est solemniter decernere velle se esse hæredem* (3); elle se faisait en présence de témoins (4), et elle était indispensable lorsque le testateur avait dans son testament ordonné la crétion parfaite, c'est-à-dire lorsqu'il avait dit : *Sinon creveris, exhæres esto* (5).

Au contraire, si le testament n'avait ordonné la crétion qu'imparfaitement, c'est-à-dire sans ajouter la menace d'exhérédation, l'adition pouvait se faire par de simples actes d'héritier (6).

Les lois relatives à la crétion subirent, à différentes

(1) Caïus, l. 14, D., *De suis et legit. hæred.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 235, n° 26.

(2) On appelait héritiers volontaires étrangers tous ceux qui étaient hors de la famille et de la puissance du testateur (Doneau, *Comm.*, l. 7, cap. 3, n° 1).

(3) Varro, *De ling. latina*, l. 11. Caïus, *comm.*, 2, § 164 *et seq.*

(4) Cicero, *ad Atticum* 13, 46, t. XXIV, p. 129 (édit. Panckoucke) :

« ... *Tum ex eo cognovi cretionem cluvii* (o *Vestorium negligentem!*)
» *liberam cretionem, testibus præsentibus, sexaginta diebus. Metuebam ne*
» *ille arcessendus esset, nunc mittendum est ut meo jussu cernat.* »

(5) Caïus, *comm.* 2, § 174.

(6) Caïus, *comm.* 2, §§ 177 *et seq.*

époques, des modifications diverses. Enfin, d'après la loi 17, C., *De jure delib.*, elle fut tout à fait abrogée. *Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus* (1).

1811. 2° La gestion comme héritier (*pro hærede gestio*) consistait dans un fait ou dans une parole non solennelle qui prouvait que l'institué avait la volonté d'accepter l'hérédité. Cependant, dans un sens plus étroit, les mots *pro hærede gestio* s'appliquaient à un fait d'acceptation. On appelait adition la volonté d'accepter manifestée par des paroles (2). Mais, dans la pratique, on a souvent confondu ces mots.

L'adition seule ou la gestion *pro hærede* rendait héritiers ceux qui n'étaient pas héritiers siens. Elle était tellement nécessaire que si l'héritier institué mourait sans faire adition, il ne transmettait nullement à ses héritiers le droit de se porter héritiers. C'est un principe des lois romaines fort bien développé par Doneau (3).

1812. Cependant cette rigueur fut mitigée par la suite, comme l'enseigne le même auteur : 1° d'abord la constitution de Justinien *Cum in antiquioribus* (4), accorda à tous les héritiers en général (*omnibus hæredibus in commune*) le bénéfice suivant, savoir : que s'ils décédaient dans l'année depuis qu'ils avaient eu connaissance de l'ouverture de la succession à leur profit, ils transmissent à leurs héritiers le droit de délibérer et de faire adition, mais à condition cependant que ceux-ci n'auraient pour délibérer que le temps qui resterait à leur auteur, et rien de plus (5) ; 2° un

(1) Furgole, ch. 10, sect. 1, n° 8. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 232, n° 7.

(2) *Instit.*, l. 2, t. XIX, § 7, Caïus, *loc. cit.*

(3) *Comm.*, l. 7, ch. 4, n° 12. L. 7 *Quoniam*, C., *De jure delib. et de ad. hæred.*

(4) L. 19, C., *De jure delib. et de ad. hæred.*

(5) Doneau, *loc. cit.*, n° 14.

autre relâchement des anciens principes fut accordé à la faveur de certaines personnes.

En premier lieu, aux enfants émancipés et aux enfants héritiers de leur mère. S'ils meurent avant d'avoir fait adition, ils transmettent l'hérédité à leurs héritiers siens (1). (Quant aux enfants siens, on sait que, bien qu'ils meurent sans avoir fait immixtion, ils transmettent l'hérédité non-seulement à leurs héritiers siens, mais à toutes sortes de personnes) (2).

En second lieu, lorsque l'hérédité est déférée à l'*infanti*, il est permis au père qui a cet enfant en son pouvoir de faire acte d'adition après sa mort et en son nom, et d'acquérir ainsi l'hérédité (3).

Un troisième tempérament a été introduit en faveur de la cause, par exemple si l'héritier a été empêché par une cause légale qui l'a mis dans l'impossibilité d'accepter avant sa mort. Ainsi, d'après le S. C. Silanien, il n'était pas permis de faire adition, et d'ouvrir le testament du testateur assassiné avant qu'on eût mis les esclaves à la question (4). Si l'héritier meurt dans cet intervalle, les actions utiles sont transmises à son héritier (5). En effet, l'héritier ne doit pas être préjudicié de ce qu'il a obéi aux lois. De même le S. C. Carbonien veut que si quelqu'un est institué héritier par un testament dans lequel le fils impubère est prétérit, et qu'on nie que ce dernier soit fils du défunt, on lui donne néan-

(1) L. *unic*, § 5 *in novissim.*, C., *De caducis tollen.* Doneau, lib. 7, c. 4, n° 17.

(2) Hillig., *loc. cit.*, note 5. Cujas est d'avis contraire, *ad Afric.*, IV, *ad leg.*, 16, *De lib. et post.*

(3) L. 18, *Si infanti*, §§ 1 et 2, C., *De jure delib.*

(4) Ulpien, l. 3, § 18, *Quod ad causam*, D., *De S. C. Silan. et Claud.* Paul, *Sent.*, l. 3, t. V, n° 1.

(5) Ulpien, l. 3, § 30, *Eleganter*, D., *eodem. tit.*

moins la possession des biens, et qu'on diffère jusqu'à sa puberté le jugement de la filiation.

Si dans l'intervalle l'héritier décède, on vient en aide à ses héritiers, et s'il est reconnu que l'impubère n'est pas fils, ils peuvent faire adition (1).

Un quatrième tempérament introduit par l'équité était celui-ci : un posthume est prétérit, et le testateur institue un individu qui est en même temps héritier *ab intestat* : ce dernier meurt sans avoir demandé la possession des biens. S'il est ensuite reconnu que la femme du défunt n'est pas grosse, les héritiers de cet héritier, qui est appelé *ab intestat*, pourront néanmoins faire adition. Mais il n'en serait pas de même si cet héritier n'était pas aussi héritier *ab intestat* : ce serait tant pis pour lui s'il ne s'était pas porté héritier (2).

L'adition d'hérédité avait un effet rétroactif au temps de la mort : « *Omnis hæreditas, quamvis postea adeatur, tamen* » *cum tempore mortis continuatur* (3). »

D'après les principes que nous venons d'exposer, on faisait une différence entre l'adition, ou *pro hærede gestio*, et l'immixtion.

L'adition, ou *pro hærede gestio*, s'appliquait aux actes ou paroles par lesquelles un héritier étranger acceptait l'hérédité.

L'immixtion s'appliquait aux héritiers siens; car ceux-ci s'immisçaient plutôt qu'ils n'acceptaient (4).

1813. Telle était à Rome la législation en cette matière.

(1) Doneau, *Comm.*, l. 8, c. 4, nº 19 *in fine*.

(2) Papinien, l. 84, D., *De acq. vel om. hæred.* Paul, l. 4, § 3, D., *De bonor. possess. contra tabulas*. Doneau, *loc. cit.*, nº 20. Favre, *conject.* 1, conject. 29.

(3) Paul, l. 138, D., *De regul. juris*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 243, nº 71.

(4) Furgole, ch. 10, sect. 1, nº 11.

Mais ces différentes règles que nous venons d'examiner, sur la différence entre les héritiers siens et étrangers, et sur l'obligation de faire adition imposée à ceux-ci pour avoir la qualité d'héritiers, n'étaient suivies ni en pays de droit écrit, ni dans le droit coutumier. La maxime : *le mort saisit le vif*, était de droit commun dans tout le royaume ; en sorte que, dans aucune partie de la France, il ne fallait faire adition pour être saisi de l'hérédité. Tous les héritiers étaient saisis de plein droit ; tous étaient héritiers siens, et par conséquent, dès la mort du défunt, ils transmettaient leurs droits à leurs successeurs sans avoir besoin de faire aucun acte d'adition (1).

C'est cette maxime nationale : *le mort saisit le vif*, que le Code Napoléon a suivie dans tous les articles où elle trouve son application. Voilà pourquoi notre article porte que le légataire universel est saisi de plein droit, quand il n'est pas en concours avec des héritiers à réserve (2). S'il est institué purement et simplement et qu'il meure après le testateur, il transmet tous ses droits à ses successeurs, quand même il n'aurait fait aucun acte pour annoncer qu'il voulait accepter la libéralité.

1814. Notre article dit que le légataire universel sera saisi de plein droit à la mort du testateur, s'il n'y a pas d'héri-

(1) Furgole, ch. 10, sect. 1, n° 11.

(2) Mais les héritiers non réservataires peuvent attaquer le testament qui les exclut. Ce droit leur a été contesté, pour défaut d'intérêt, dans une espèce où il existait, indépendamment du testament par eux attaqué, deux autres testaments qui les auraient exclus en supposant l'annulation du premier. Pau, 21 fév. 1835 (Dalloz, 35, 2, 172; Devill., 36, 2, 35). Toutefois il a été jugé avec plus d'exactitude que l'héritier naturel, non réservataire, exclu de la succession par deux testaments successifs, instituant des légataires différents, est recevable à attaquer le dernier testament seul, sans attaquer en même temps le premier. Bordeaux, 9 mars 1859, et sur le pourvoi, Req., 26 juin 1860 (Dalloz, 59, 2, 220; 60, 1, 440; Devill., 59, 2, 609; 60, 1, 710). V. aussi Riom, 17 mars 1819.

tiers à réserve auxquels une quotité de biens est réservée par la loi. Donc, toutes les fois qu'il y aura un héritier réservataire, le légataire sera privé de la saisine. Cette règle est claire et paraît d'une application aisée. Cependant il y a une difficulté : c'est lorsque le testateur laisse un aïeul et des frères et sœurs. Dans ce cas, selon ce que nous avons dit (1), il faudra distinguer si les frères et sœurs refusent ou non : s'ils refusent, l'aïeul a droit à sa réserve ; ils seront censés n'avoir jamais été héritiers. S'ils ne refusent pas, l'aïeul se trouve exclu de tout droit à sa réserve. Or, comme la réserve est ici corrélative à la saisine, selon que l'ascendant aura ou n'aura pas droit à sa réserve, le légataire sera ou non privé de la saisine.

On a pourtant combattu cette solution (2), et l'on a prétendu que, dans tous les cas, que les frères ou sœurs refusassent ou non, la présence de l'aïeul suffisait pour empêcher le légataire universel d'avoir la saisine.

« En effet, a-t-on dit, le légataire universel se trouve ici » en présence des frères et sœurs qui n'ont pas de réserve. » Il est donc saisi de plein droit. Or, s'il est saisi de plein » droit, les frères et sœurs sont donc exclus de la succes- » sion ; s'ils sont exclus de la succession ils ne sont donc » pas appelés. C'est comme s'ils avaient renoncé ; et ce n'est » plus en leur présence, mais en présence de l'aïeul que se » trouve le légataire universel. »

C'est là évidemment un raisonnement erroné. Tant que les frères et sœurs n'ont pas renoncé, c'est en face d'eux que se trouve le légataire universel. Leur omission dans le testament de leur frère ne les assimile pas à des héritiers renonçants : la nullité du legs universel ou du testament peut leur

(1) Nos 805 et 806.

(2) Delvincourt, t. II, note 5, sur la p. 64. M. Coin-Delisle, no 5, sur l'art. 1004.

permettre de ressaisir un jour la succession. C'est une espérance, une éventualité qui leur est laissée, et ce serait méconnaître l'ordre que la loi a tracé en matière de succession, que d'appeler un héritier plus éloigné à une succession, lorsque l'héritier d'un ordre plus rapproché n'y a pas renoncé.

1815. Lorsque nous avons dit que le légataire universel est saisi de plein droit, nous avons supposé que la disposition qui l'institue est pure et simple. Mais il en est autrement si elle est soumise à une condition suspensive. Les principes que nous avons exposés ci-dessus (1), sur l'effet de la condition suspensive, s'opposent à ce que l'héritier testamentaire puisse, *pendente conditione*, prendre la saisine des biens. Le legs universel ne lui est pas encore dû; il a seulement l'espérance qu'il le sera (2). C'est ce que décidaient positivement les lois romaines; en principe, elles ne voulaient pas que l'héritier institué sous une condition suspensive pût faire un acte d'héritier pendant que la condition était en suspens (3). Comme le dit Cujas (4), il ne lui était pas permis d'en faire adition.

Notre jurisprudence ne doit pas hésiter à se conformer à ces idées. C'est aux héritiers *ab intestat* qu'appartient la saisine, jusqu'à l'accomplissement de la condition (5). On trouve

(1) Nos 283 et suiv.

(2) Furgole, ch. 7, sect. 4, nos 16, 56.

(3) Ulpien, l. 9, § 3, D., *Ad S. C. Trebell.* : « ... *Pendente conditione* » *nihil agit.* » Caïus, l. 10, *eod. titulo.* Caïus, l. 63, § 7, *eod. tit.*

(4) *Quæst. Papin.*, l. 5, sur la l. 8, D., *De stip. prætor.*

(5) Trib. de la Seine, 17 mai 1825 (Devill. et Carr., 8, 1, 662). Ce jugement a été confirmé, par arrêt de la cour de Paris du 21 fév. 1826, par des raisons qui ne touchent pas à ce point. — Il a été jugé en ce sens que les communes instituées légataires universelles n'ont, tant qu'elles n'ont pas reçu du gouvernement l'autorisation d'accepter le legs, qu'un simple droit soumis à une condition suspensive, et non un droit soumis à une condition résolutoire, et que dès lors, la saisine appartient, jusqu'à l'autorisation, aux héritiers naturels, même non réservataires. Bordeaux, 9 mars 1859 (*J. Pal.*,

cependant des textes du droit romain qui autorisaient le préteur à délivrer la possession des biens, *secundum tabulas*, à l'héritier institué sous une condition suspensive, par exemple sous la condition : *si navis ex Asia venerit* (1). Mais à quoi tient cette singularité (2)? C'est qu'à Rome, où l'on ne connaissait pas la règle : *le mort saisit le vif*, il aurait pu arriver que la suspension prolongée de la condition eût laissé l'hérédité en suspens et mis les créanciers dans une situation fâcheuse. Alors le préteur, consultant l'utilité pratique plus que la subtilité du droit, pesait les circonstances, et, suivant l'exigence des cas, il donnait la possession des biens moyennant une caution imposée à l'héritier (3).

On voit que par là le préteur faisait usage de ce pouvoir discrétionnaire qui avait introduit tant de secours équitables; mais on voit aussi que notre droit n'a pas besoin de lui faire d'emprunt en cette matière. Le droit français a établi une dévolution des biens simple et naturelle. Si l'héritier testamentaire n'est pas saisi, c'est aux héritiers *ab intestat* que la succession va *ipso jure*, par la puissance de la règle : *le mort saisit le vif*. On n'a donc pas à craindre ces suspensions et ces vacances de succession qui avaient excité la sollicitude du préteur.

1860, p. 403 ; Dalloz, 59. 2, 221 ; Devill., 59, 2, 609). V. MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 159; Saint-Espès-Lescot, t. IV, no 1341.

(1) Papinien, l. 8, D., *De stip. prætor.* Ulpien, l. 12, D., *Qui satis. cogantur.* Ulpien, l. 5, D., *De bon. poss. sec. tabulas.* Ulpien, l. 2, § 1, D., *eod. titulo.*

(2) « ... *Quod certum est* (dit Cujas, *loc. cit.*) *et si primum mirum videatur !* »

(3) « ... *At jure prætorio benigniore, quod respicit magis ad utilitatem negotiorum, hæres scriptus sub conditione pendente, ea potest admittere bonorum possessionem secundum tabulas... Quod sit ea res utilissima creditoribus ne longior mora eis fiat diu jacente hæreditate sine domino vel quasi domino : poterit enim conditio pendere per vicennium, et quis interim respondebit creditoribus !...* » (Cujas, *loc. cit.*)

C'est ce que n'a pas aperçu la cour de Turin, dans un arrêt du 13 avril 1807 (1), où elle fait de savants efforts pour retrouver dans le Code Napoléon les vestiges de cette jurisprudence incompatible avec son esprit.

Au surplus, l'espèce sur laquelle la cour de Turin avait à prononcer mérite d'être notée, et l'on verra que sa décision, au fond, n'avait pas besoin de se soutenir par la résurrection de lois tombées en désuétude.

Maurice Cantone avait institué pour héritiers universels ses deux neveux, fils de son frère, sous la condition qu'à l'âge de 60 ans, tous deux, ou l'un d'eux, auraient des enfants mâles, sinon il leur accordait l'usufruit de ses biens : et il instituait à leur place ses deux autres neveux, fils de sa sœur.

La question posée devant la cour de Turin était de savoir si, malgré la condition dont il vient d'être parlé, les légataires universels étaient saisis par la mort du testateur, et il est clair qu'il n'y avait pas besoin de grands efforts d'érudition et d'argumentation pour apercevoir que le testateur avait voulu que ses neveux eussent la saisine immédiate; car en leur donnant formellement l'usufruit pendant le temps de la suspension de la condition, il avait, pour ainsi dire, transformé cette condition suspensive en une condition résolutoire, au moins quant aux effets réels. C'est ce qui décida la cour de Turin; seulement elle ne prit pas le chemin le plus simple et le plus naturel pour arriver à cette solution.

J'ajoute que si elle soumit les légataires universels à donner une caution, c'est que ces derniers l'avaient offerte en leur qualité d'usufruitiers, et conformément à l'art. 601 du Code. Raison de plus pour qu'il fût inutile d'aller rechercher dans les lois romaines les dispositions extraordinaires relatives aux cautions prétoriennes.

(1) Devill. 2, 2, 225.

Article 1007.

Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis.

Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés.

SOMMAIRE.

1816. De la procédure à suivre au sujet de l'ouverture et du dépôt des testaments olographes et mystiques.
1817. Origine de ces formalités.
1818. Comment elles étaient appliquées dans l'ancien droit français.
1819. L'inobservation de ces formalités n'altère pas la validité du testament.
1820. Mesure prescrite par l'art. 916 du Code de procédure civile.
1821. Ces formalités appartiennent à la juridiction volontaire.

COMMANTAIRE.

1816. Lorsque le testament qui institue le légataire universel est dans la forme authentique, l'acte porte avec lui un caractère de solennité et de publicité qui entraîne l'exé-

cution parée et fait reconnaître l'institué sans le secours d'aucune solennité accessoire.

Mais si le testament est fait dans la forme olographe ou en la forme mystique, il devient nécessaire d'employer certaines formes et certaines garanties pour constater l'existence de cet acte et l'état dans lequel il se trouve. C'est pourquoi le Code a tracé, dans l'art. 1007, la procédure à suivre au sujet de l'ouverture et du dépôt des testaments olographes et mystiques. Ces testaments doivent être ouverts par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession a été ouverte, et ce magistrat, après avoir dressé procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, en ordonne le dépôt entre les mains du notaire qu'il commet à cet effet (1). Si le testament est mystique, cette ouverture ne peut se faire qu'autant que les notaires et témoins présents sur les lieux auront été appelés.

1817. Ces formalités doivent leur origine au droit romain, qui les avait établies par la raison qu'un testament n'appartient pas à l'héritier, mais à tous ceux qui ont intérêt à le consulter. On voulait d'ailleurs empêcher que les testaments ne pussent être détruits et qu'on ne pût entraver l'effet des dernières volontés des mourants (2). La loi exigea donc que le testament fût présenté au magistrat en présence

(1) Le notaire auquel un testament olographe est déposé par ordonnance du président, n'est pas tenu de dresser un acte particulier de ce dépôt, lorsque le procès-verbal d'ouverture et de description du testament constate la remise du testament par le président au notaire. Par suite, le notaire qui omet de rédiger en ce cas un tel acte de dépôt, n'encourt aucune amende. Rej. 5 déc. 1860 (Devill., 61, 1, 133; Dalloz, 61, 1, 34; *J. Palais*, 1861, p. 359).

(2) Ulpien, l. 2 *in primo*, D., *Testam. quemad. aperiant.* :

« ... *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est* » *hæredis; sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius* » *publicum est instrumentum.* »

des témoins, ou de la plupart de ceux qui l'avaient signé. Ces témoins devaient reconnaître leur signature; après quoi on ouvrait le testament, on en donnait lecture, on y apposait le sceau de l'État, et on le déposait dans le trésor public (1); il paraît même qu'on l'insinuait dans les actes publics (2).

1818. Ces formalités, qui concernaient le testament solennel, avaient été appliquées au testament mystique, dans les pays de droit écrit (3).

Quant aux testaments olographes, l'usage du Châtelet de Paris (4) n'exigeait le ministère du juge qu'autant qu'ils étaient cachetés. Dans le cas contraire, la personne qui était porteur d'un testament fait en cette forme le déposait chez un notaire, et il y était soumis à la formalité du contrôle et de l'insinuation (5).

L'ordonnance de 1735 n'avait rien changé à cet état de choses, et elle avait déclaré laisser dans les termes du droit commun et de l'usage l'ouverture, l'enregistrement et la publication des testaments (6).

Le Code a fait plus : il exige l'intervention du juge dans tous les cas.

1819. Du reste, les règles, qui ne sont établies que pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, ne sont point de celles dont l'inobservation porte atteinte à la volonté même; elles ne tiennent en rien à l'essence intrinsèque ni

(1) Paul, *Sent.*, l. 4, t. VI, § 1.

(2) Voët, l. 29, t. III, nos 1, 5. L. 18, C., *De testamentis :*

« ... *Quæ apud officium censuale publicari solent in eodem loco reser-* » *ventur.* »

(3) Furgole, ch. 2, sect. 10, no 10.

(4) Ferrières *sur Paris*, sur l'art. 289, glose 1, n° 16. Actes de notoriété de Denizart, p. 336.

(5) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 1, art. 2, § 3.

(6) Art. 79.

à la forme extérieure de l'acte qui en contient l'expression. On ne pourrait donc pas faire déclarer un testament olographe nul, sous prétexte que l'héritier l'aurait ouvert avant de le remettre au président, surtout lorsque rien ne viendrait indiquer la fraude (1).

1820. L'art. 916 du Code de procédure civile a prévu le cas où un testament serait découvert dans les papiers du défunt, lors de l'apposition des scellés, et il charge le juge de paix de faire la présentation au président du tribunal. Dans tous les cas, ce dernier doit ordonner le dépôt chez un notaire. C'est une formalité nécessaire pour que les tiers puissent consulter le testament.

1821. L'office du président, pour l'ouverture du testament, le procès-verbal descriptif et le dépôt, appartient à la juridiction volontaire (2). Son ministère est purement passif, et le juge ne pourrait, sous aucun prétexte, refuser l'ouverture et la description. Les vices apparents du testament ne seraient pas un motif pour l'y autoriser. *Itemque imperfecta solemus testamenta dicere* (3).

ARTICLE 1008.

Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt.

(1) Riom, 17 mars 1808 (Devill., 2, 2, 215). Rouen, 15 janv. 1808 (Devill., 2, 2, 333). Metz, 10 juill. 1816 (Devill., 5, 2, 169). *Junge* Delvincourt, t. II, p. 388. Grenier, nº 290. Merlin, Répert., vº *Testament*, t. XVII, § 4, sect. 2, art. 5, no 2. M. Vazeille, no 2, sur l'art. 1007.

(2) Merlin, Répert., *loc. cit.*, p. 768, col. 1.

(3) Ulpien, l. 2, § 1, D., *Testam., quemad. aper.*

SOMMAIRE.

1822. Motifs de cette disposition.
1823. Différence de la mise en possession prescrite par cet article, avec celle que l'héritier institué était tenu de demander en droit romain.
1824. De ce qui était prescrit à cet égard en pays coutumier et en pays de droit écrit.
1825. En quoi la requête de mise en possession diffère de l'action en délivrance.
1826. L'opposition des héritiers *ab intestat* peut empêcher l'envoi en possession.
1827. Le président peut même, d'office, refuser de l'ordonner.
1828. Il doit surtout refuser lorsque le testament porte, *in prima figura*, la preuve d'un vice radical.
1829. Il en est différemment s'il s'agit de vices intrinsèques
1830. *Quid* en cas de plainte en faux principal, ou en cas de faux incident?
1831. *Quid* en cas de méconnaissance d'écriture?
1832. Renvoi.
1833. *Quid* lorsque deux individus se présentent devant le juge, tous deux institués?
1834. Des mesures conservatoires qu'il est permis à l'héritier de prendre.

COMMENTAIRE.

1822. Le testament fait en la forme olographe ou en la forme mystique, bien qu'étant, à certains égards, un testament public, n'est en soi qu'un acte sous signature privée (1), et il n'a point, comme l'acte authentique, l'exécution parée. Notre article exige, en conséquence, que le légataire universel institué par un testament fait en cette forme, soit mis en possession par une ordonnance du juge, qui lui donne la force exécutoire dont il est lui-même dépourvu.

On a considéré, d'ailleurs, qu'il n'était pas possible d'au-

(1) Nos 1498, 1500, 1501.

toriser indistinctement tout individu qui se prétendrait légataire universel à s'emparer de la succession, sans qu'il fût préalablement pris des précautions pour rassurer la société et pour garantir le droit des intéressés (1). Enfin, on a voulu que les parents appelés par la loi eussent la facilité de vérifier les testaments olographes ou mystiques avant que l'héritier institué, ou le légataire universel, pût se mettre en possession (2). Nous avons déjà touché ci-dessus ces considérations décisives, qui concernent à la fois l'intérêt public et l'intérêt privé (3).

1823. Cette mise en possession n'a rien de commun avec celle que l'héritier institué était assujetti, par le droit romain, à demander au magistrat, après que le testament avait été ouvert et déposé (4). L'obligation imposée à l'héritier institué de se faire mettre en possession des biens par le magistrat, tenait à ce que le droit romain ne connaissant pas la maxime : *le mort saisit le vif*, il fallait nécessairement que l'héritier testamentaire, quelle que fût la forme du testament, eût recours à l'autorité du juge pour avoir la possession, et qu'il en fût dressé un acte public. Comme la possession du défunt ne se continuait pas sur la tête de l'héritier (5), et que l'adition elle-même ne la lui donnait pas (6), l'intervention du juge était nécessaire pour opérer la dévolution de fait; elle était même nécessaire, dans tous les cas, soit

(1) Jaubert, rapport au Tribunat (Fenet, t. XII, p. 609. Locré, t. XI, p. 471).

(2) Bigot de Préameneu, orateur du gouvernement (Fenet, t. XII, p. 558. Locré, t. XI, p. 404 *in fine*).

(3) *Supra*, n° 1500.

(4) Paul, *Sent.*, l. 3, t. V, § 17 :

« ... *In eo testamento quod nec ut oportuit oblatum nec publice recitatum* » *est, hæres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat.* »

(5) Paul, l. 3, D., *De acq. possess.* Furgole, ch. 10, n° 12.

(6) Voët, *Ad Pand.*, *De adq. vel omitt. hæred.*, n° 18.

qu'il y eût ou non un contradicteur : et lorsqu'il y avait contradiction, le préteur décidait la contestation en connaissance de cause (*causa cognita*), et après qu'elle avait été discutée en jugement (1).

1824. Ce point de droit était aboli en France, soit dans les pays de droit écrit, soit dans les pays de coutume, par la règle : *le mort saisit le vif*. Si, dans les pays coutumiers, l'héritier institué devait se faire donner la délivrance des biens par l'héritier du sang, ainsi que nous l'avons déjà vu (2), cette circonstance tenait à une cause particulière, à savoir : que son institution ne pouvait valoir que comme legs et était incapable de faire un héritier. Il fallait donc que l'héritier du sang, véritable et seul héritier saisi, fît passer la possession au légataire universel. Or, cette délivrance, émanant principalement du fait volontaire de l'héritier *ab intestat* et non de l'intervention de la puissance publique, était bien différente de la possession prétorienne du droit romain.

Quant aux pays de droit écrit, où l'institution d'héritier produisait de si puissants effets, l'héritier institué étant saisi de plein droit n'avait pas de délivrance à demander ; la règle : *le mort saisit le vif*, opérait en sa faveur avec la même force qu'elle agissait, en pays de coutume, au profit de l'héritier *ab intestat*. Il pouvait, en conséquence, se mettre en possession de sa propre autorité, continuant ainsi, dans sa personne, la possession du défunt (3).

1825. On sait que, d'après le Code Napoléon, la nécessité de demander la délivrance a été imposée au légataire universel toutes les fois qu'il y a des héritiers du sang réservataires, et jamais quand il n'y en a pas. Cette demande

(1) L. 3, C., *De edict. divi Adriani tollendo*. Furgole, ch. 10, n° 10.
(2) N° 1434.
(3) Furgole, ch. 10, n° 11.

en délivrance, reproduction de celle dont nous venons de voir l'origine dans le droit coutumier, se sépare, par conséquent, pleinement de la possession prétorienne du droit romain; elle ne se distingue pas moins de l'ordonnance de mise en possession prescrite par notre article.

En effet, l'obligation de demander la délivrance résulte de ce que le légataire universel n'est pas saisi lorsqu'il y a des légitimaires. Au contraire, la mise en possession, dans le cas où il n'y a pas d'héritiers de ce genre, n'est requise, comme nous l'avons dit (1), que pour donner au testament olographe ou mystique l'exécution qui lui manque. Le légataire universel n'en a pas moins, dans ce cas, la saisine légale ; car *saisina juris est potius quam facti*. D'ailleurs, l'ordonnance du président n'est qu'un acte tenant à l'exécution ; elle se rend sur la seule requête de l'héritier institué (2). Les parents qui succéderaient *ab intestat* n'y sont pas appelés.

A la différence de l'action en délivrance, la requête de mise en possession appartient, par sa nature, à la juridiction volontaire (3) ; et l'on ne saurait confondre l'ordonnance qui y répond avec un jugement de délivrance rendu dans la forme contradictoire.

(1) N° 1816.

(2) Cassat., 24 av. 1844 (Devill., 45, 1, 66).

(3) Bruxelles, 3 janv. 1823 (Devill., 7, 2, 148). Nîmes, 17 fév. 1824 (Devill., 7, 2, 321). Toulouse, 1er août 1842 (Devill., 43, 2, 71). *Junge* Toullier, t. V, n° 497. Merlin, Répert., v° *Jurid. gracieuse*, n° 1, t. XVII Carré et Chauveau, *Lois de la procéd. civile*, t. I, n° 378. — Le caractère distinctif de l'envoi en possession et de la demande en délivrance a été nettement indiqué dans un arrêt de la cour de Caen, qui décide que l'envoi en possession peut, même lorsque le légataire est un établissement public, être requis avant que cet établissement ait obtenu du gouvernement l'autorisation qui lui est nécessaire pour accepter le legs, à la différence de la demande en délivrance qui ne peut être faite qu'après l'autorisation du gouvernement. Caen, 20 juill. 1859 (*J. Pal.*, 1860, p. 212 ; Devill., 60, 2, 56). V. *infra*, n° 1881 et la note.

1826. Nous romarquerons toutefois que comme le président, qui a le pouvoir de rendre cette ordonnance, est en même temps le juge du référé, il pourra souvent arriver que les héritiers *ab intestat* auront la faculté de faire opposition devant ce magistrat à la mise en possession ; ce qui ouvrira sur ce point un débat contradictoire en référé.

En effet, d'après l'art. 806 du Code de procédure civile, le référé est un moyen de faire régler provisoirement, par le président, tous les cas d'urgence : et c'est d'un cas de cette espèce qu'il s'agit dans cette matière, où il faut statuer sur la possession, empêcher promptement les dilapidations et prévenir les suprises.

Supposons que l'écriture du testament soit déniée, ou qu'il y ait des circonstances qui permettent de contester à cet acte le caractère de titre apparent : dans tous ces cas et autres analogues, où l'urgence élèvera la voix, on comprend que les héritiers *ab intestat* ont le droit d'intervenir pour obtenir par provision, contre l'héritier institué qui a été envoyé en possession, le rapport de cette ordonnance, le séquestre des biens, s'il y a lieu, et toutes les mesures conservatoires qui paraîtront nécessaires (1).

1827. Ce n'est pas tout, et lors même qu'il n'y aurait pas d'opposition et de contradicteur, le président peut d'office aller au-devant des objections qui s'opposent à la mise en possession qui lui est demandée. Car, si l'on veut peser les considérations qui ont fait édicter l'art. 1008, et que nous avons posées ci-dessus (2), on demeurera convaincu que son ministère n'est pas purement passif. Par exemple, s'il reconnaît qu'il y a en concours avec le légataire des héritiers à réserve, ou s'il lui paraît que le legs fait à ce légataire n'est

(1) *Supra*, n° 1500.
(2) N° 1816.

point un legs universel, il peut et même il doit refuser l'envoi en possession (1).

1828. De même, il doit le refuser lorsque, *in prima figura*, le testament porte la preuve d'un vicé radical extérieur. Car un testament qui n'est pas revêtu des formalités extérieures voulues par la loi, n'est pas un testament, comme serait un testament olographe non signé ni daté (2). Si le testament était biffé, bâtonné, on ne pourrait exiger que le juge prononçât l'envoi en possession. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas d'une nullité apparente, de nature à anéantir le testament (3)?

C'est ce qu'a très-bien établi un arrêt de la cour de Rouen, du 27 mai 1807 (4), où il est dit : « Qu'il est du devoir du » président d'examiner la forme extrinsèque de l'acte, et de » lui refuser toute sanction, s'il n'a aucun des attributs qui » doivent le caractériser ; qu'il est même de son devoir de » s'enquérir si le requérant a un domicile connu, et jouit » d'une réputation qui garantisse que le testament qu'il re- » présente n'est pas un acte destiné à favoriser une spolia- » tion. »

1829. Mais si le testament, présentant tous les caractères extérieurs et visibles d'un testament, ne pouvait être critiqué que sous le rapport de vices intrinsèques ou non palpables, le président ne pourrait se constituer juge de ces défectuosités qui tiennent à la connaissance ou au jugement du fond. C'est à l'héritier à se pourvoir par action en nullité de l'acte (5).

(1) Orléans, 31 août 1831 (Devill., 32, 2, 145).

(2) Voët, *Ad. Pand.*, *tit. Quorum bonor.*, n° 4.

(3) Argument de la loi dernière, au Code, *De edicto divi Adriani tollendo* Merlin, Quest. de droit, v° *Légataire*, n° §2.

(4) Devill., 2, 2, 248.

(5) Rouen, arrêt précité.

Quant au président, qui n'intervient que pour statuer par mesure de précaution, il ne doit rien faire qui préjudicie à l'héritier institué, sur des points qui ne sont pas de sa compétence. Ceci peut se fortifier de ce qu'enseignait Voët (1) dans la matière de la mise en possession prétorienne, qui, bien que différente de la nôtre, a cependant avec elle une analogie évidente sur ce point. Suivant sa doctrine, la simple allégation d'un faux, d'une incapacité active de la part de celui qui a fait le testament, d'une incapacité dans la personne du notaire ou de l'institué, ne doit pas empêcher la mise en possession, sauf les droits de ceux qui peuvent tirer parti de ces nullités. Le jurisconsulte Paul disait très-bien : *Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus hæres jure in possessionem mitti desiderat* (2).

1830. Il en serait autrement si, au lieu du simple soupçon résultant d'une allégation, il existait une plainte en faux principal contre le testament, et une mise en accusation du légataire universel ou du fabricateur présumé de l'acte; en pareil cas, on conçoit que les raisons les plus graves doivent arrêter la président. Même en cas de faux incident, il ne serait pas défendu à ce magistrat, suivant la gravité des circonstances, de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte (3).

Cette doctrine est la conséquence évidente des raisons qui ont fait édicter notre article (4). Lorsqu'il y a plainte en faux principal, ou inscription de faux, les circonstances peuvent paraître assez graves au président pour qu'il soit de son devoir de rassurer la société et de ne pas livrer à un spoliateur une succession dont il ferait sa proie.

(1) *Ad. Pand.*, *tit. Quorum bonorum*, n° 4.
(2) *Sentent.*, l. 3, t. V, § 14.
(3) Art. 19 de la loi du 25 ventôse an XI.
(4) *Supra*, n° 1816.

1831. Quant au cas où, au lieu d'un faux, il s'agit d'une méconnaissance de l'écriture ou de la signature du testateur par l'héritier *ab intestat*, on peut se reporter aux règles que nous avons exposées ci-dessus dans notre commentaire de l'art. 970 (1).

1832. Nous ne répéterons pas non plus ici ce que nous avons dit au même lieu sur la question de savoir à qui incombe la vérification de l'écriture ou de la signature du testateur en cas de dénégation.

1833. Voët (2) demande ce qui arriverait si deux individus se présentaient au juge, prétendant être tous les deux les institués; par exemple, si le testament disait : « J'institue Titius mon beau-frère, » et que le testateur eût deux beaux-frères du même nom. Si ni l'un ni l'autre ne possédaient les biens héréditaires, et que leurs droits fussent également douteux, il vaudrait mieux, dit Voët, ne donner à aucun la possession. Il y a, en effet, dans l'institution, une perplexité qui la rend incertaine et doit arrêter le juge.

1834. On a demandé si, malgré la saisine légale, et même malgré la mise en possession, l'héritier *ab intestat* pourrait demander l'apposition des scellés, et l'inventaire des titres de la succession, afin d'assurer, par ces actes conservatoires, l'intégrité de ses droits éventuels, en cas de nullité du testament. La jurisprudence s'est fixée pour l'affirmative (3).

La raison en est que ces mesures conservatoires ne portent aucune atteinte à la saisine du légataire universel;

(1) N° 1500.

(2) *Ad. Pand.*, *tit. Quorum bonorum*, n° 6.

(3) Bruxelles, 28 nov. 1810 (Devill., 3, 2, 263). Nîmes, 27 déc. 1810 (Devill., 3, 2, 240). Bruxelles, 9 mars 1811 (Devill., 3, 2, 362). Douai, 6 août 1838. Douai, 28 mai 1845 (Devill., 45, 2, 543). Paris, 11 août 1809 (Devill., 3, 2, 122). Rennes, 11 août 1858 (Devill., 59, 2, 48). V. aussi Agen, 22 juin 1853 (Devill., 53, 2, 569).

qu'elles ne tendent qu'à la conservation des droits des héritiers *ab intestat* qui, pouvant avoir des moyens valides pour faire annuler le testament, ont intérêt à ce qu'on ne dilapide pas les effets de la succession. D'ailleurs, l'art. 909 du Code de procédure civile porte que l'apposition des scellés pourra être requise par tous ceux qui prétendront avoir droit dans la succession.

Article 1009.

Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927.

SOMMAIRE.

1835. Des dettes et charges des sucessions.
1836. Le légataire universel est tenu des dettes et charges *ultra vires emolumenti.*
1837. Comment est tenu le légataire universel en concours avec les réservataires? — Distinction à faire.
1838. L'existence du réservataire empêchait-elle que le légataire universel ne fût tenu, en droit romain, directement et personnellement?
1839. Que comprenait, en droit romain, l'action personnelle?—Dans quelle mesure le légataire en était-il tenu?
1840. Même en concours avec des réservataires, le légataire doit être tenu des charges *ultra vires emolumenti.*
1841. De l'action hypothécaire à laquelle il était assujetti.
1842. Comment est-il tenu du payement des legs?
1843. Suite.

1844. De l'application de la loi falcidie en droit romain.
1845. Cette loi n'était point reçue en pays coutumier, et elle n'a point été suivie par le Code.

COMMENTAIRE.

1835. Il est rare qu'une succession ne soit pas grevée de quelques charges, dettes ou legs. Lorsque le légataire est seul à la recueillir sans le concours d'héritiers à réserve, il demeure chargé de ces divers fardeaux de l'hérédité.

On sait ce qu'on entend par dettes; d'après la loi 10, D., *De verborum significat.*, c'est tout ce qui est dû en vertu de quelque action que ce soit (1). Outre les dettes, il y a ordinairement des charges telles que les frais funéraires, les frais de dernière maladie, etc.....

1836. De toutes ces dettes et charges, le légataire universel est tenu au delà de l'émolument qu'il reçoit. N'ayant à côté de lui aucun héritier à réserve, ainsi que nous le supposons ici, se trouvant saisi de plein droit, il faut bien se garder de le confondre avec le légataire universel du droit coutumier, qui devait demander la délivrance à l'héritier du sang, et auquel ne s'appliquait pas la règle : « *le mort saisit le vif*, » n'y ayant que Dieu seul qui pût faire un héritier. Aujourd'hui, le légataire universel continue et représente le défunt; il est héritier par la volonté de l'homme, aussi puissante que la loi; et puisqu'il est héritier, il doit être assimilé à celui qui succède par la nature. D'après le droit coutumier, et malgré (2) l'obligation de demander la délivrance, les légataires universels, sans être héritiers, s'en rapprochaient cependant par certains points importants; ce

(1) Furgole, ch. 10, sect. 3, n° 82.
(2) Argument de ce que dit Delaurière, *Des institutions contractuelles*, ch. 4, n°s 127 et suiv.

qui faisait dire à Loisel : les légataires universels sont tenus pour héritiers (1). Aujourd'hui, ils ne sont pas seulement tenus pour héritiers; ils sont réellement héritiers, parce que seuls ils tiennent la place du défunt, et que seuls ils lui succèdent *in universum jus*.

Nous avons agité la question de savoir si la charge apposée à une libéralité peut excéder l'émolument, et nous nous sommes décidé pour la négative, par le principe qu'une libéralité ne peut pas être onéreuse à celui qui la reçoit (2).

Mais ce principe n'est pas applicable à un légataire universel, ou héritier institué qui représente la personne du défunt, parce qu'en cette qualité on a contre lui les mêmes actions qu'on aurait eues contre son auteur. Il doit donc être tenu des dettes et charges, même au delà des biens héréditaires (3). Il n'y a aucune différence entre lui et l'héritier de la loi pour cette obligation. C'est lui que la volonté du défunt a mis à la place du successeur légitime, et l'on doit le traiter comme ceux dont la loi romaine disait : « *Hi* » *qui in universum jus succedunt, hæredis loco habentur* (4). » Ce point est aussi clair que le jour à l'égard du légataire universel qui n'est pas en concours avec des héritiers à réserve. Ce légataire a le même caractère que l'héritier institué du droit romain : *personam defuncti sustinet*. Il est donc tenu de la même manière, c'est-à-dire : *ultra vives hæreditatis* (5).

(1) Liv. 2, t. IV, nº 14. Delaurière insiste sur les différences, *sur Loisel*, *loc. cit.*

(2) *Supra*, nº 365.

(3) L. *ultim.*, C., *De jure deliber.*

(4) L. 117 et 128, § 1, D., *De regulis juris*. Delaurière, ch. 4, nº 129 et *sur Loisel*, 2, 4, 14.

(5) Voët, *Ad Pand.* t. *De legatis*, lib. 30, 31, 32, tit. nº 15, signale la différence entre celui qui est héritier institué et celui qui n'est que légataire particulier :

« *Hæredes jure novo legatis ultra gravari possunt quam honorati sunt*,

Cependant la loi vient à son secours, lorsque la succession n'est pas assez riche pour suffire à toutes les charges héréditaires, et comme il est véritablement héritier, elle lui accorde le bénéfice d'inventaire dont il est parlé aux art. 793 et suivants du Code Napoléon.

On avait pensé (1) que ces articles ne pouvaient être appliqués aux légataires universels, parce que la loi ne parle que des héritiers. Mais les légataires universels sont de véritables héritiers faits par la volonté de l'homme, *qui in universum jus succedunt et hæredis loco habentur* (2). Ils doivent donc jouir des mêmes bénéfices que les héritiers de la loi (3). Tous ces points sont aujourd'hui consacrés par la jurisprudence et admis par tous les hommes versés dans les saines doctrines pratiques. Sous l'ancien droit coutumier, il n'en était pas ainsi; le légataire universel n'était pas héritier. Son titre émanait de la volonté du testateur, et Dieu seul pouvait faire un héritier. Par suite, il n'avait pas de saisine et il était tenu de demander la délivrance. En principe, donc, il n'était pas tenu des dettes personnellement; il

» *quoties absque inventarii beneficio aditionem faciunt, utpote carentes fal-*
» *cidiæ legis deductione; legatarii vero et similes alii non ultra, quam qua-*
» *tenus a defuncto acceperunt, sic ut, quod amplius est, inutiliter relictum*
» *censeatur.* »

Dans l'ancien droit romain, l'héritier n'était tenu des legs que jusqu'à concurrence des biens qui restaient après le payement des dettes et la retenue de la quarte falcidie (l. 12, C., *De testam. milit.*). Mais, depuis l'introduction du bénéfice d'inventaire, Justinien changea cette jurisprudence, et, pour punir ceux qui n'usaient pas de ce bénéfice, il voulut que l'héritier fût tenu indéfiniment des legs comme des dettes (Voët, l. 28, t. VIII, n° 27, *De jure delib.*).

(1) Les auteurs des *Pandectes françaises.*

(2) Paul, l. 128, § 1, D., *De reg. juris.* Ulpien, l. 9, § 12, D., *De hæred. instituend.* Chabot *sur les Success.*, art. 873, n° 26. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 7, art. 1, n° 17 *in fine.*

(3) Arrêt de cassat. (chambre civ.), 13 août 1851 (Devill., 51, 1, 657). *Infra*, 1839.

n'en était tenu qu'à cause de la chose, *ob rem*. Il est vrai qu'il y avait un cas où il pouvait être tenu, même *ultra vires*. C'est celui où il n'avait pas pris la précaution d'empêcher, par un inventaire, la confusion de ses biens avec les biens de la succession (1). Et alors, comme il prenait en réalité la succession, non pas à la vérité de la main du défunt, mais de la main de l'héritier du sang, on le regardait comme un héritier utile, et on le traitait *ad instar* de l'héritier véritable; sans quoi, il lui eût été facile de profiter des successions et de frauder les créanciers (2). Ceci ne veut pas dire que les légataires universels fussent tenus de prendre en chancellerie des lettres de bénéfice d'inventaire (3). Ils n'étaient pas assujettis à cette obligation réservée pour les seuls héritiers. Ils n'étaient tenus qu'à un simple inventaire fait loyalement, sans déclaration ni solennité exceptionnelle. Moyennant quoi, les légataires universels n'étaient soumis qu'à l'action *personalis in rem scripta*, et ils ne pouvaient être poursuivis que jusqu'à concurrence de ce qu'ils amendaient dans les biens du défunt; de sorte, nous le répétons, qu'il n'était pas nécessaire qu'ils acceptassent le legs universel sous bé-

(1) Brillon, v° *Inventaire*, n° 23, rapporte que, « par un arrêt rendu » le 14 mai 1691, au rapport de M. Lescalopier, en la 1re chambre des en- » quêtes, il a été jugé que, faute par un légataire universel d'avoir fait faire » inventaire, les créanciers de la succession pouvaient s'adresser sur ses » propres biens, y ayant confusion, nonobstant la renonciation par lui faite » au legs universel pendant le procès, et qu'il soutînt que sa défunte mère » n'avait laissé aucuns biens, et qu'enfin il n'avait jamais profité de la suc- » cession, ce qu'il offrait prouver par la commune renommée, se soumettant » même à la peine du quadruple si on prouvait qu'il eût profité de quelque » chose. »

(2) Loyseau, *Déguerpissement*, liv. 1, ch. 11, n° 2. Delaurière, *Instit. cont.*, ch. 4, n°s 133, 134, *et sur Loisel*, 2, 4, 14. *Infra*, n° 2419.

(3) Ferrières *sur Paris*, art. 334, § 3, no 11. Brillon, v° *Dettes*, n° 16. Arrêtés de Lamoignon, t. XLV, Pothier *sur Orléans*, Introduction au t. XVII, n° 113.

néfice d'inventaire, et ils pouvaient se décharger des dettes en abandonnant les biens (1).

Aujourd'hui, ces idées sont inapplicables. Le légataire universel n'a pas un caractère restreint ; il n'est pas effacé ou diminué par un héritier du sang non réservataire, seul apte à lui donner la saisine. Il est la personification, sans intermédiaire et sans limite, du défunt. Il est donc tenu personnellement et indéfiniment de ses dettes, sauf le bénéfice d'inventaire, dont il peut user comme un héritier.

1837. Nous venons de parler du cas où le légataire universel se trouve appelé sans concours des réservataires.

Examinons celui où le testateur laisse des héritiers en ligne directe qui ont un droit de réserve, et voyons de quelle manière sont tenus les légataires universels.

Pour procéder avec ordre, il faut distinguer plusieurs points.

Et d'abord l'existence de l'héritier a réserve, qui soutient la personne du défunt, empêche-t-elle que le légataire univiversel ne soit tenu directement ?

En second lieu, que comporte cette action directe ? Dans quelle mesure le légataire en est-il tenu ?

En troisième lieu, le légataire universel est-il tenu, même *ultra vires emolumenti*, de telle sorte qu'il ne puisse pas se soustraire aux dettes en abandonnant la chose ?

1838. Sur le premier point, examinons ce qui se passait dans le droit romain.

Il y avait un principe écrit dans la loi des Douze Tables : c'est que les dettes devaient suivre l'héritier et non le successeur à titre singulier. De là vient que l'action personnelle que les dettes et charges produisent, ne passait pas contre les légataires, parce qu'ils n'étaient considérés que

(1) Pothier, *loc. cit.*

comme des successeurs à titre singulier, et qu'ils n'avaient pas dans leur personne un titre universel. Car, quelle que fût la quotité des biens à eux laissés, ils n'avaient jamais l'universalité des droits contenus dans l'hérédité ; on ne regardait comme successeurs universels que ceux qui représentaient le défunt en tout et pour tout, tels que ceux qui obtenaient la possession prétorienne des biens, ceux à qui l'on restituait l'hérédité en vertu du S. C. Trébellien, etc. (1). Voilà pourquoi la loi finale au Code, *De hæreditariis actionibus*, disait : « *Creditores hæreditarios adversus* » *legatarios non habere personalem actionem convenit, quippe* » *cum evidentissime lex Duodecim Tabularum hæredes huic* » *rei faciat obnoxios* (2). » Dans le droit romain, l'action des créanciers ne pouvait donc être régulièrement exercée que contre les héritiers institués, chacun pour leur part et portion : « *Nomina inter hæredes pro portionibus hæreditariis* » *ercta cita sunto* (3). » Ils ne pouvaient actionner directement les légataires qui n'étaient autre chose que des successeurs singuliers, quel que fût l'émolument du legs (4).

Mais, malgré la rigueur de ces principes du droit strict, l'équité avait concilié les intérêts des héritiers avec les intérêts des créanciers, et voici par quel moyen.

Ou le legs universel comprenait une partie de l'hérédité, ou il contenait une partie des biens.

S'il contenait une partie de l'hérédité (*partem hæreditatis*), comme l'hérédité comprend l'émolument et les charges, il s'ensuivait que le légataire de partie de l'hérédité demeurait assujetti aux charges en proportion de cette partie de l'hérédité. Alors il se faisait entre l'héritier institué et le léga-

(1) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 283, n° 54.
(2) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*
(3) *Tabula quinta*. C. 4. Pothier, *Pand.*, t. I, p. CVII.
(4) Delaurière, *Institutions contractuelles*, ch. 4, n° 130.

taire de partie de l'hérédité une stipulation par laquelle ce dernier s'obligeait à supporter sa portion des dettes et charges, et à rembourser à l'héritier tout ce que ce dernier aurait payé à raison de ces dettes et charges. Cette stipulation, dont Ulpien parle dans ses fragments, s'appelait *partis et pro parte* (1). Elle n'empêchait pas que l'héritier ne fût seul obligé vis-à-vis le créancier; car les actions restaient attachées à sa personne. Elle faisait seulement que le légataire, en sa qualité de légataire d'une partie de l'hérédité, ce qui comprenait l'émolument et les dettes, indemnisait l'héritier de ce qu'il avait payé pour l'acquittement des dettes.

Par la suite, Justinien, ami de la simplicité dans le droit (2), abrogea cette stipulation qui n'était qu'un détour; il voulut, par imitation du S. C. Trébellien, que les actions du créancier passassent sur la tête du légataire pour la portion de l'hérédité comprise dans son legs (3).

Quand le legs était d'une quote de biens, on se réglait par des principes différents. En effet, l'on connaît la règle : *Bona non dicuntur nisi deducto œre alieno* (4). Le légataire ne pouvait donc prétendre qu'à ce qui restait après la déduction des dettes et des charges. Alors l'héritier retenait sur les legs tout ce qu'il fallait pour le payement des dettes auxquelles sa qualité d'héritier le rendait obligé pour le tout. « *Cum autem pars bonorum ita legatur :* « *Bonorum meorum* » *quæ sunt cum moriar,* » *dos et manumissorum pretia e* » *medio deducenda sunt* (5). » C'est ce qui fait dire à Voët : « *Hæres legatariis non ultra quidquam præstabat, quam post*

(1) T. XXV, § 15.

(2) Instit., *De fideicomm. hæred.*, § 7.

(3) Cujas, comm. sur la loi 8, § *ult.*, D., *De legat.*, 2°. Furgole, ch. 10, sect. 3, n° 102.

(4) Paul, l. 39, § 1, D., *De verbor. signif.*

(5) Modestinus, l. 9, D., *De leg.*, 2° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 367, n° 27.

» *demissos defuncti creditores et deductas funeris impensas* » *ac pretia servorum manumissorum in hæreditate repertum* » *erat* (1). »

On sent la différence que l'on devait mettre entre le legs de portion de l'hérédité et le legs de portion des biens dans les principes du droit romain, qui, plus que le nôtre, s'attachait à l'énergie des mots. Dans le legs de partie des biens, on déduisait les dettes; car les biens ne s'entendaient que *deducto ære alieno*. Dans le legs de partie de l'hérédité, on ne les déduisait pas, et on les laissait, au contraire, à la charge du légataire ; car l'hérédité est un *nomen juris*, qui comprend l'émolument et les charges (2).

Telle était la jurisprudence romaine. Nous le répétons encore : hors le cas de legs de partie de l'hérédité, l'héritier, avant de payer les legs soit de quotité, soit particuliers, retenait sur les biens tout ce qu'il fallait pour le payement des dettes ; car lui seul y était obligé par la qualité d'héritier : il ne payait les legs qu'après cette déduction (3). Les créanciers n'avaient pas d'action personnelle contre les légataires même d'une quote des biens. C'était l'héritier seul qu'ils pouvaient poursuivre directement. Écoutons d'ailleurs Cujas : « *Cui pars hæreditatis, legati, aut fideicommissi* » *relinquitur, ipso jure subjicitur oneribus hæreditariis, et* » *vice hæredis habetur; nec necessariæ sunt stipulationes* » *partis et pro parte; et hoc ita procedit, si universarum rerum* » *pars legetur hæreditatis verbo, hoc modo :* HÆREDITATIS » PARTEM DO, LEGO; HÆREDITATEM MEAM PARPITOR CUM ILLO. » *Nam ita legatarius, vel remedio cautionum, vel hodie, ipso* » *jure, agnoscet onera hæreditaria. Quid fiet si bonorum* » *appellatione, testator omnium rerum suarum partes legave-*

(1) *De jure delib.*, l. 28, t. VIII, n° 27.
(2) Cujas, *loc. cit.* Delaurière, ch. 4, n° 130.
(3) Instit., *De lege falcidia*, l. 2, t. XXII, § 3.

» *rit, hoc modo :* BONORUM MEORUM QUÆ ERUNT PARTEM DO,
» LEGO. *Hoc casu deducuntur onera, priusquam fiat partitio.*
» *priusquam præstetur legatum, sicut fieri solet, in legatis*
» *rerum singularum. Nam legata rerum singularum non*
» *præstantur, nisi deductis oneribus; eodem modo legatum*
» *partis bonorum, nisi deductis oneribus, non præstabitur.*
» *Interest ergo bonorum, an hæreditatis partem testator lega-*
» *verit. Hæreditatis nomen complectitur commoda et incom-*
» *moda bonorum, autem sola commoda* (1). »

Ce système, quoique plus conforme à la raison, avait cependant ses inconvénients, comme le dit M. Merlin (2) après Ricard (3); car on ne savait pas toujours, lors de l'évaluation de l'hérédité, toutes les dettes qu'avait laissées le défunt; il pouvait se présenter plus tard des créanciers d'abord inconnus. Comment déterminer, d'une manière fixe et invariable, la déduction à opérer?

C'est pourquoi on avait cru devoir s'écarter de la rigueur de ces principes dans le droit français, moins soumis que le droit romain à l'empire des subtibilités et à la tyrannie de la forme des actions. Les nouveaux interprètes du droit romain avaient insinué que quiconque succède en une quote devait être tenu des dettes en proportion de cette quote, aussi directement que s'il était héritier. Hotman avait fait cette ouverture sur la loi *Æris alieni*, C., *De donationibus*. Elle fut bientôt suivie par la jurisprudence des arrêts et particulièrement par le fameux arrêt appelé Des Boulards, donné en forme de règlement par le parlement de Paris, le 14 mai 1562 (4), et qui plus tard servit de fondement à l'art. 334 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Et quand ils succè-

(1) Cujas, *loc. cit.*
(2) Répert., v° *Légataire*, § 7, art. 1, p. 804.
(3) Part. 3, ch. 11, n° 1516.
(4) Brillon, v° *Dettes*, n° 11.

» dent les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres » aux propres, ou qu'ils sont donataires ou légataires uni- » versels, ils sont tenus de contribuer aux dettes pour » chaque part et portion qu'ils en amendent. » Dès lors, il devint certain par toute la France que le légataire universel pouvait être actionné directement par les créanciers (1).

C'est ce système d'action directe qu'a adopté le Code Napoléon. Le légataire universel est tenu directement; et afin de donner à ce recours direct une sanction pleine et efficace, le Code veut qu'il engendre une action personnelle et, suivant les cas, une action hypothécaire. Le légataire est tenu personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, c'est-à-dire qu'on peut l'actionner par l'action personnelle, ou par l'action hypothécaire, si le créancier est hypothécaire. C'est ce que dit notre article. Nous verrons plus bas si l'action personnelle est seulement *personalis in rem scripta*, ou bien si elle oblige le légataire même *ultra vires* (2).

1839. Voyons maintenant ce que comprend l'action directe et personnelle.

Et d'abord, il convient de faire une observation essentielle : c'est qu'en considérant le légataire universel en tant qu'il est soumis aux dettes, il peut se trouver dans deux positions différentes : la première, lorsqu'il est obligé de répondre à une action directement intentée contre lui par un créancier; la deuxième, lorsqu'il fait le partage des dettes avec l'héritier à réserve.

Dans le cas où il est personnellement actionné, la loi dit qu'il est tenu pour sa part et portion (1009).

Dans le cas où il s'agit seulement de faire le partage

(1) Coquille, quest. 225. Lebrun, *Des successions*, l. 4, ch. 2, sect. 1, n° 3 *in fine*. Ricard, part. 3, n° 1511 Merlin, *loc. cit.*, p. 304.

(2) N° 1841.

des dettes entre cohéritiers ou prenant part à la succession, l'art. 871 dit qu'il est tenu au prorata de son émolument.

Ceci demande des éclaircissements, et pour débrouiller cette matière, il convient de prendre les choses de plus haut.

Dans le droit romain, les dettes se divisaient de plein droit entre les héritiers *pro portionibus æreditariis*, ainsi que nous l'avons vu par la loi des Douzes Tables (1). On rejetait absolument le partage des dettes *pro modo emolumenti* : « *Neque æquam, neque usitatam rem desideras : ut* » *æs alienum patris tui non pro portionibus hæreditariis* » *exsolvatis, ut et frater cohæres tuus, sed pro æstimatione* » *rerum prælegatarum; cum sit explorati juris, hæreditaria* » *onera ad scriptos hæredes pro portionibus hæreditariis, non* » *pro modo emolumenti pertinere* (2). »

Il suivait de ce principe qu'on n'avait pas égard aux prélegs faits à un cohéritier, à la valeur plus ou moins grande des biens que le testateur avait laissés à l'un plutôt qu'à l'autre dans le partage de l'hérédité, aux charges spéciales dont l'un avait été grevé personnellement par le défunt. L'émolument que l'un des cohéritiers retirait de plus que l'autre de sa portion était considéré comme une espèce de prélegs, ou hors part, qui n'était pas pris en considération pour la contribution aux dettes (3).

Dans le droit coutumier, au contraire, la contribution aux dettes ne se faisait entre cohéritiers qu'à raison de l'émolument, et nullement par portions viriles (4); et, comme

(1) N° 1838.

(2) L. 1, C., *Si cert. petatur*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 243, n° 70. Ricard, p. 3, n° 1512. Furgole, ch. 10, sect. 3, n° 109.

(3) Ricard, *loc. cit.*

(4) « Et lors, les dettes se payent au fur de ce que chacun en amende. » (Loisel, 2, 5, 13 : il parle des successions *ab intestat*.

on avait en quelque sorte assimilé les légataires universels à des espèces d'héritiers, l'art. 334 de la coutume de Paris ne les appela à concourir aux legs que proportionnellement à l'émolument qu'ils retiraient de leurs legs, et non pas eu égard à leur portion virile (1).

C'est ce mode de partage que le Code Napoléon a adopté (2) : « Le légataire à titre universel contribue avec » les héritiers au prorata de son émolument. »

Mais les créanciers sont-ils obligés de s'en tenir à ce partage fait entre cohéritiers ou individus prenant part à la succession ?

Lebrun enseignait la négative d'après les règles de l'ancien droit coutumier (3). « Cette action personnelle, dit-il, » a paru si légitime que, dans le cas où les héritiers font » entre eux un partage inégal des dettes passives et qu'ils » les supportent *pro rata emolumenti*, les créanciers chiro- » graphaires ne laissent pas de poursuivre chacun des héri- » tiers pour sa part virile, sans attendre le partage qui ne » regarde que les héritiers mêmes. Tel est l'avis de Dumou- » lin sur l'art. 81 de la coutume de Vitry : *Et sic pro rata* » *bonorum, scilicet, ut sese ad invincem exonerent; cœterum* » *creditores possunt exigere contra hæredes, salvo eorum re-* » *cursu :* » C'est aussi l'avis de Coquille, et il devrait en » être ainsi quand même le partage aurait été fait et con- » sommé : *Non enim ex persona hæredis conditio obligationis* » *immutatur* (4). »

Le Code a suivi cette doctrine, ainsi qu'on peut s'en assurer par la lecture de l'art. 870. Elle est commune aux héritiers et aux légataires universels, d'après l'art. 1009.

(1) Voy. Ricard, Furgole, Lebrun, *loc. cit.*
(2) Art. 871 du C. Nap.
(3) Lebrun, *loc. cit.*, n° 5.
(4) Paul, l. 2, § 2, D., *De verbor. signif.*

Ainsi, par exemple, Titius ayant un patrimoine de 18,000 fr., laisse un fils légitime et un légataire universel. Ce légataire universel est grevé d'une charge de 4,000 fr. au profit de Sempronius. Le testateur laisse 10,000 fr. de dettes qui ne sont connues que longtemps après sa mort. Le légataire universel a pris la moitié des biens de la succession et le fils légitime est entré en possession de l'autre moitié à titre de réserve. Le créancier de la somme de 10,000 fr. devra actionner le légataire universel et le réservataire, chacun pour moitié. Ce serait inutilement que le légataire universel dirait que son émolument s'est trouvé diminué de la charge de 4,000 fr. dont nous avons parlé ci-dessus, et qu'il ne doit être tenu que *pro rata emolumenti;* on lui répondrait victorieusement que l'art. 1009 l'oblige vis-à-vis du créancier pour sa part et portion virile qui est la moitié.

Nous verrons d'une manière plus sensible l'application de ces principes, quand nous parlerons du legs à titre universel (1).

1840. Arrivons à notre troisième point, à savoir si le légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier à réserve est tenu *ultra vires.*

C'est là une question qui a divisé profondément les auteurs (2).

(1) *Infra*, nos 1857 et suiv. Voy. aussi, sur la manière dont le légataire universel de l'usufruit contribue aux dettes, l'art. 612 du C. Nap. *Junge* Ricard, *loc. cit.*, n° 1533.

(2) Pour l'affirmative :

Voy. Merlin, Réperl., v° *Légat.*, § 7, no 17. Grenier, n° 313. M. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, *loc. cit.* Chabot de l'Allier, *Succession*, n° 26, sur 873. Vazeille, n° 10, sur l'art. 792. M. Nicias-Gaillard, *Revue critique de jurisprudence*, t. II (1852), p. 311.

Pour la négative :

Voy. Favard, v° *Testament*, sect. 2. § 2, n° 9. Delvincourt, t. II, p. 568 et

Bien qu'il soit admis par tous que, sous l'empire du Code, le légataire universel qui n'est point en concours avec un réservataire soit tenu *ultra vires*, on veut qu'il en soit autrement lorsqu'il y a un réservataire.

La raison que l'on donne pour expliquer cette différence, c'est que l'héritier appelé par la loi à la succession du défunt, le représente seul véritablement; que le légataire, au contraire, qui est forcé de s'adresser à l'héritier pour obtenir la délivrance, n'est plus qu'un successeur aux biens, tenu *ob rem* et par conséquent pouvant se libérer des poursuites en abandonnant la chose. On argumente, non sans force, de l'analogie qui existe entre le légataire dont nous parlons et le légataire universel de l'ancien droit coutumier, qui, obligé de demander la délivrance à l'héritier du sang, n'était qu'un héritier imparfait, incomplet, et qui, par conséquent, n'était tenu des dettes que par l'action *personalis in rem scripta*, et par suite jusqu'à concurrence de ce qu'il avait amendé (1). On sait, en effet, que dans le droit coutumier, les légataires universels ne pouvaient prétendre au titre d'héritier, que Dieu seul et le sang pouvaient donner.

Pourtant cette circonstance que le légataire universel est tenu de demander la délivrance de son legs en cas de concours avec un héritier réservataire, doit-elle avoir, sous le Code Napoléon, les conséquences que l'on veut en tirer? Remarquons d'abord, que, sous l'empire de la législation actuelle (2), les mots d'héritier, de légataire, ne sont pas en opposition, ainsi qu'ils l'étaient dans le droit coutumier où une barrière infranchissable séparait l'héritier du sang

suiv. Toullier, t. V, no 556. MM. Duranton, t. VII, nº 14. Zachariæ, t. V, § 723. Coin-Delisle, nº 1, sur les art. 1003 et 1009.

(1) *Supra*, nº 1836.

(2) Art. 1002.

de celui qui ne tenait sa vocation que de la volonté de l'homme. Nous ne tenons plus en France que Dieu seul peut faire un héritier; la volonté de l'homme peut imiter l'œuvre de Dieu; elle peut créer un héritier à la place de l'héritier du sang. Et quand il y a un héritier à réserve, elle peut, après avoir laissé la réserve intacte, cumuler sur la tête d'un légataire tout l'émolument présent et à venir de la succession. Est-ce qu'en pareil cas, ce légataire n'est pas un héritier utile, pour me servir de l'expression de Delaurière (1)? Et quelle différence essentielle et raisonnable y a-t-il entre lui qui peut quelquefois représenter le défunt pour la plus grande part, et l'héritier du sang dont le testateur a pu amoindrir les avantages autant que la loi le lui permettait? Ne sont-ils donc pas tous deux héritiers, malgré la diversité de leurs titres?

Sans doute, de ce que le légataire universel est obligé de demander la délivrance, il résulte que les créanciers du défunt doivent attendre que le légataire ait été mis en possession avant de le poursuivre. Mais une fois la délivrance accordée, ces créanciers se trouveront vis-à-vis du légataire, absolument avec les mêmes droits que s'il avait été saisi d'une autre manière, et dès les premiers moments. De telle sorte, que peu importera que le légataire universel soit ou ne soit pas en concours avec un héritier légitime; dans tous les cas, il sera comme l'héritier même, il sera un héritier utile, un véritable successeur à titre universel ayant les mêmes droits, et sujet aux mêmes charges.

Du reste, nous le répétons, n'exagérons pas la portée de la loi qui accorde la saisine à l'héritier légitime et la refuse au légataire universel. Cette distinction purement honorifique, donnée au réservataire, ne peut rien changer au fond

(1) *Instit. cout.*, ch. 6, n° 133.

des choses. Elle n'empêche pas qu'il n'y ait un héritier testamentaire à côté de l'héritier légal. On peut, chez nous, décéder *partim testatus, partim intestatus ;* on peut, par conséquent, avoir deux héritiers d'origine différente, venant ensemble, l'un de par le testament, l'autre de par la loi, et ce serait rentrer dans une exagération du droit coutumier, que de vouloir que le sang pût faire seul un héritier.

S'il en est ainsi, si ces deux successeurs peuvent concurremment aspirer au titre d'héritier, il s'ensuit que tous deux doivent supporter les dettes de la succession et être sujets aux mêmes actions.

Voyons, en effet, les textes. L'art. 873 dit que l'héritier est tenu des dettes et charges de la succession, « personnellement pour sa part et portion virile, et hypothécairement pour le tout. » L'art. 1009 dit de même, que le légataire universel en concours avec un réservataire est tenu « personnellement pour sa part et portion virile, et hypothécairement pour le tout. » Ces textes sont décisifs : ils tranchent la question. Cette même expression « personnellement, » employée à l'égard de l'héritier et du légataire, indique bien qu'ils sont considérés l'un et l'autre comme étant dans une condition égale, quant au payement des dettes ; que l'un et l'autre sont tenus des dettes et charges de la succession proportionnellement à ce qu'ils y recueillent, et qu'ils sont tenus chacun personnellement pour sa part et portion.

Ainsi, l'héritier à réserve qui aura un quart, sera tenu personnellement d'acquitter le quart de toutes les dettes, et le légataire universel devra acquitter personnellement les trois quarts. Le mot « personnellement » a une énergie qui renverse toutes les objections. Il déclare que les dettes s'attachent à la personne, *sicut lepra cuti;* qu'elles suivent le débiteur jusqu'à ce qu'il ait tout payé, et que ni l'héritier ni le légataire universel ne peuvent échapper à l'obligation,

des dettes par l'abandon de la chose; l'obligation personnelle, malgré cet abandon, persisterait toujours tant qu'il resterait quelque chose à payer.

Ces raisons ont été développées avec beaucoup d'autorité dans un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, rendu le 13 août 1851 (1), sur les conclusions fortement motivées de M. le premier avocat général, Nicias-Gaillard. Cet arrêt nous paraît avoir fixé la jurisprudence dans le sens réclamé par la raison, la bonne foi et les principes du droit de succession, sainement entendus.

Il est toujours facile au légataire universel de se prémunir par le bénéfice d'inventaire. Mais, quand il confond les biens de l'hérédité avec les siens propres, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, si l'action personnelle produit, par son propre fait, toutes ses conséquences rigoureuses.

1841. L'action personnelle n'est pas la seule dont soient tenus les légataires universels. Ils peuvent être poursuivis par l'action hypothécaire, lorsque les créanciers ont une hypothèque. Et ils en sont tenus pour le tout; car l'hypothèque est indivise, *tota in toto et in qualibet parte;* elle se répand sur tous les biens que le défunt a laissés au temps de son décès, et suit le possesseur des fonds à quelque titre qu'il possède (2).

1842. Examinons maintenant comment le légataire universel est tenu du payement des legs.

On sent, dès le premier instant, que le payement des legs, lorsqu'il y a un héritier à réserve et un légataire universel, ne peut concerner, en aucune manière, l'héritier du sang réduit à sa réserve; car les legs ne peuvent jamais porter atteinte à la portion indisponible.

(1) Devill., 51, 1, 657. Dalloz, 51, 1, 231. *Palais*. 1852, 1, 481.
(2) Furgole, ch 20, sect. 3, n° 133.

Dès lors, il y a, sur ce point, une très-grande différence entre le payement des legs et le payement des dettes.

Les dettes affectent toute la succession et diminuent même la portion indisponible.

Les legs, au contraire, ne peuvent être pris que sur la portion disponible. En aucun cas, ils ne peuvent entamer la réserve.

L'héritier à réserve contribue donc aux dettes.

Mais il ne peut contribuer au payement des legs. Cette prestation appartient tout entière à celui qui est saisi de la totalité de la portion disponible. Voilà pourquoi notre article dit que le légataire universel doit payer tous les legs, sauf la réduction que ces legs auraient à supporter pour la formation de la réserve.

Dans ce cas, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (1), le Code ne fait pas de distinction entre les legs ; il les considère comme tous égaux. Ce n'est que lorsque la légitime est fournie dans son entier, qu'alors il s'établit une hiérarchie entre les legs, et que le legs universel demeure grevé de la charge des legs particuliers.

1843. La loi dit que le légataire universel doit payer « tous les legs. » Ces expressions ont été employées pour faire bien comprendre que les legs sont dus en entier, alors même qu'ils excéderaient l'émolument de la succession. Il en était autrement dans le droit antérieur à Justinien (2).

(1) Voy. n° 1015, sur l'art. 926.

(2) Doneau expose ainsi les raisons de cette ancienne jurisprudence d'après la loi 1, § 17., *Ad s. consultum Trebellianum* :

« *Sed inter modum hujus præstationis et modum æris alieni hoc interest,* » *quod obligatur hæres æri alieno etsi hæreditas solvendo non sit. Legati* » *autem aut fideicommissi nomine non tenetur ultra, quam ad eum ex here-* » *ditate pervenit. Differentiæ ratio est quod hæres succedit in locum de-* » *functi. Itaque quod defuncti onus fuit, id ipsum et hæres in se suscipit.* » *Defunctus non debuit legata. Ipse est qui his voluntate sua hæredem ob-*

Mais ce prince changea cet état de choses par l'établissement du bénéfice d'inventaire; il voulut que l'héritier, qui ne ferait pas inventaire, fût tenu de tous les legs, quand même ils excéderaient les forces de la succession (1).

Il en doit être de même dans notre droit; et ce que nous avons dit de l'obligation de l'héritier de payer les dettes doit également s'appliquer au payement des legs (2).

1844. L'obligation de payer les legs, et de les payer tous, exclut, comme on le voit, le droit de retenir la quarte falcidie usitée dans les pays de droit écrit et dont il est à propos de dire un mot.

Suivant la loi des Douze Tables, un père avait le droit de faire des legs à sa volonté. Mais on sentit bientôt que quoique la générosité soit une vertu digne d'éloges, il était nécessaire de mettre des bornes à des libéralités dissolues, qui épuisaient le patrimoine de la succession à tel point que l'héritier, se trouvant privé de tout émolument, répudiait pour ne pas se charger d'un fardeau sans aucun profit. On rendit, à différentes époques, les lois *Furia* et *Voconia* qui limitèrent le droit de disposer. Mais ces lois furent jugées insuffisantes (3), et l'on porta enfin la fameuse loi falcidie, par laquelle il fut défendu à tout testateur de léguer au delà des trois quarts de sa succession; de sorte que, lorsqu'on aurait légué au delà, l'héritier pourrait retenir sur les legs

» *strinxit, non se. Quapropter quod hic debeat hæres, non est ex persona et* » *jure defuncti, sed ex voluntate ejus æstimandum. Atqui intelligitur de-* » *functus hactenus voluisse obligare, atque adeo hactenus obligare potest vel* » *hæredem, vel alium, quatenus in eum contulit. Quod amplius est, inutiliter* » *relinquitur.* » *Comment.*, l. 7, c. 11, n° 13.

(1) Nov. 1. Auth. *Sed cum test.*, C., *Ad leg. falcid.* Doneau, *loc. cit.*, n° 14.

(2) Grenier, n° 313.

(3) Caïus, *comm.* 2, §§ 224 *et seq.* Instit. *De leg. falcid.*, *in principio.*

ce qui lui serait nécessaire pour conserver le quart de la succession (1).

La loi falcidie, comme le dit Voët (2), eut pour principal avantage d'empêcher que les volontés des défunts ne restassent sans effet; ce qui était une considération du plus haut intérêt chez les Romains, si jaloux de la prérogative de tester! Il est vrai qu'on restreignait la plénitude du droit conféré par la loi des Douze Tables, mais cette restriction était nécessaire pour ne pas rendre illusoire le pouvoir de tester, et il n'est nullement nouveau en jurisprudence qu'on limite un droit en quelque chose, pour assurer son effet dans tout le reste.

Il fallait donc que l'on réservât à l'héritier institué le quart de la succession, sans quoi il pouvait retrancher sur chacun des legs de quoi le compléter. On présumait que celui qui instituait un héritier le préférait à de simples légataires.

Pour fixer la valeur du patrimoine, on commençait par déduire les dettes, les frais funéraires, le prix des esclaves affranchis, et les dépenses faites pour accepter l'hérédité.

On imputait dans la quarte tout ce que l'héritier institué avait reçu à titre d'institution. La retenue frappait sur les legs, sur les fidéicommis particuliers, sur les donations à cause de mort et sur celles entre mari et femme. Les donations entre-vifs en étaient affranchies.

Il y avait cependant plusieurs cas où elle n'avait pas lieu : 1° sur le legs de la dot fait à la femme ; 2° dans les testaments militaires ; 3° sur les legs pour cause pie ; 4° si le testament défendait expressément de retenir la quarte ; 5° si l'héritier n'avait pas fait d'inventaire. Avant Justinien, l'héritier n'é-

(1) Voët, *Ad leg. falcid.*, n° 2. Heineccius, *Instit.*, l. 2, t. XXII, §§ 648 et suiv. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 498, n° 1.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 3.

tait pas tenu des legs indéfiniment, puisqu'il pouvait retenir dans tous les cas la quarte falcidie. Mais, après l'introduction du bénéfice d'inventaire, Justinien voulut que ceux qui négligeraient ce remède salutaire fussent privés du bénéfice de la falcidie et qu'ils fussent tenus des legs, même au delà des forces de l'hérédité (1).

1845. La falcidie n'était pas reçue dans les pays coutumiers (2); elle n'avait été établie qu'au profit des héritiers testamentaires si favorables en droit romain, et l'on sait que le droit coutumier ne reconnaissait que des héritiers *ab intestat*, toutes les institutions d'héritiers étant assimilées à de simples legs (3).

Mais la loi falcidie était pratiquée dans les pays de droit écrit, et l'héritier institué qui avait fait inventaire en avait le bénéfice (4).

Le Code a dégagé le droit de cette complication ; il n'avait pas les hautes raisons du droit romain pour favoriser les héritiers testamentaires. Si le légataire universel trouve que l'hérédité est trop grevée, il n'a qu'à la répudier. Nous ne voyons pas de honte à ce qu'un père de famille décède *intestat*.

(1) L. *ultim.*, § 14, C., *Ad leg. falcid.* Novell. 1, cap. 2, § 2 Voët, *De jure delib.*, no 27. Heineccius. *Instit.*, l. 2, t. XXII, § cit. Pothier, *Pand.*, t. II, *loc. supra cit.*

(2) Furgole, ch. 10, sect. 3, nº 28.

(3) *Supra*, nº 1435.

(4) Furgole, ch. 7, 1, 61, et ch. 10, 3, 28.

SECTION V.

DU LEGS A TITRE UNIVERSEL.

ARTICLE 1010.

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.

Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier.

SOMMAIRE.

1846. Caractère du legs à titre universel.
1847. En quoi il diffère du legs universel. — Renvoi.
1848. Le legs d'usufruit de tous les biens est un legs à titre universel.
1849. Différence entre le legs à titre universel et le legs particulier — Exemples.
1850. Sens des mots *meubles, mobilier*, *biens meubles*, employés dans les testaments.
1851. La question d'étendue du legs est le plus souvent une question de fait.

COMMENTAIRE.

1846. Le legs à titre universel, dont nous avons déjà fait connaître les caractères (1) diffère du legs universel, en ce qu'il ne peut porter que sur une quote-part des biens dont il

(1) Nos 1766 et suiv.

est permis au testateur de disposer, comme une moitié, un tiers, un quart, etc..., ou sur une espèce de biens en général, comme tous les immeubles, ou tout le mobilier, ou une quotité de tous les immeubles, ou de tout le mobilier.

Il diffère du legs particulier, comme nous le verrons (1), en ce que celui-ci ne peut porter que sur des biens déterminés.

La difficulté de cette matière consiste donc à savoir distinguer le legs à titre universel soit du legs universel, soit du legs particulier.

1847. En ce qui concerne les différences qui existent entre le legs universel et le legs à titre universel, les principes que nous avons exposés dans le commentaire de l'article 1003, et les exemples que nous avons donnés ont déjà mis sur la voie de la distinction. Nous nous bornons à y renvoyer (2).

1848. Disons cependant un mot d'une question que nous avons laissée à l'écart (3).

Le legs d'usufruit de tous les biens n'est qu'un legs à titre universel. En effet, le légataire d'un tel legs n'a qu'un droit limité à une nature de biens. Comment représenterait-il le défunt *in universum jus*, lui, à qui manque le droit le plus essentiel et qui n'est pas propriétaire? Ce n'est pas sur sa tête qu'est le droit universel. C'est sur la tête du nu propriétaire qui, tôt ou tard, verra l'usufruit se consolider dans ses mains avec la nue propriété (4).

1849. Venons maintenant aux différences qui se font re-

(1) *Infra*, sur l'art. 1014.

(2) Nos 1768, 1785 et suiv.

(3) No 1789.

(4) Cassat., rej., 4 fructidor an XIII (Devill., 2, 1, 155). Cassat., 7 août 1827 (Devill., 8, 1, 662). Cassat. (chambre civile), 28 août 1827 (Devill., 8, 1, 678). *Junge* Proudhon, *Usufruit*, t. I, no 475. MM. Duranton, t. IX, no 189. Coin-Delisle, no 11, sur l'art. 1003.

marquer entre le legs à titre universel et le legs particulier.

Ce n'est pas lorsqu'il sera question d'un legs de quotité que les difficultés se présenteront sur ce point, mais ce sera dans le cas où le legs portera sur les immeubles ou sur le mobilier.

Ainsi l'on s'est demandé si le legs de tous les meubles qui se trouvent dans une maison déterminée (1) ou de tous les biens meubles et immeubles que le testateur possède dans tel pays (2) sont des legs à titre universel. Bien que ces legs soient conçus en termes généraux, ce ne sont cependant que des legs particuliers; il suffit de peser les termes de notre article pour se convaincre que ces sortes de legs ne pourraient rentrer dans la définition du legs à titre universel. En effet, il ne se compose ni d'une quote-part de la succession, ni de la totalité des immeubles, ni de la totalité du mobilier, ni d'une quote-part de la totalité des immeubles ou du mobilier. Ce sont donc des legs particuliers (3).

1850. On sait que, d'après les art. 553 et 535 du Code Napoléon, le mot « meubles » a un sens moins large que le mot « mobilier, » ou l'expression « biens meubles; » il s'ensuit que, dans tous les cas où le testateur aura employé le

(1) Turin, 24 mars 1806 (Devill., 2, 2, 127). Pau, 26 juin 1824 (Devill., 7, 2, 391).

(2) Cassat., rej., arrêt de Caen, 10 juin 1835 (Devill., 36, 1, 45.)

(3) Lebrun, *Des successions*, l. 4, ch. 2, sect. 2, no 44. Chabot, *Successions*, sur l'art. 871. Grenier, nº 288. M. Coin-Delisle, nº 14, sur l'article 1003. — Il a été jugé que le legs de certains biens déterminés constitue un legs particulier et non un legs universel ou à titre universel, encore bien que le testateur ait fait suivre l'énumération des biens légués de ces mots : *Enfin tous les biens dont je n'ai pas disposé*. En effet, ces expressions, lorsque d'ailleurs le testateur a disposé de tous ses autres biens, peuvent être considérées comme l'énonciation d'un fait, plutôt que comme une disposition additionnelle et extensive comprenant d'autres biens que ceux qui ont été spécialement énumérés. Rej., 25 avril 1860 (*J. Pal.*, 1861, p. 263; Devill., 60, 1, 635; Dalloz, 60, 1, 230).

mot « meubles » avec le sens restreint que lui donne l'article 535, le legs sera à titre particulier (1).

Mais il arrive souvent que les testateurs ne parlent pas le langage précis de la loi, et que leur pensée va au delà de leur expression. Il se peut donc que le mot *meubles* se trouve dans le legs avec des circonstances qui feront supposer que le testateur a voulu donner tout son mobilier sans exception. On n'hésitera pas alors à décider (2) que le legs est à titre universel, comme, par exemple, quand le testateur a dit : « Je lègue tous les meubles que je possède ou que je » laisserai à mon décès. »

Il est évident que par cette formule le testateur a voulu léguer tout son mobilier, et qu'il a fait non pas un legs particulier, mais un legs à titre universel.

Réciproquement le mot « mobilier, » malgré la définition de l'art. 535, peut être employé par le testateur avec une signification restreinte qui n'embrasse pas tous les meubles, et alors le legs n'est plus qu'un legs particulier (3).

1851. C'est ordinairement lorsque le testateur a fait suivre le mot « mobilier » ou les mots « biens meubles » d'une énumération, que se présente la question d'étendue du legs. Tantôt l'énumération peut être considérée comme restrictive, et alors l'étendue du legs se trouve diminuee (4); tantôt on la considère, d'après les circonstances, comme simplement énonciative, et alors le legs subsiste avec son caractère de legs à titre universel (5).

(1) Rouen, 21 fév. 1842 (Devill., 42, 2, 262).

(2) Bruxelles, 9 mars 1813 (Devill., 4, 2, 270). Poitiers, 21 juin 1825 (Devill., 8, 2, 148). Argument d'un arrêt de Rouen du 27 mai 1806 (Devill., 2, 2, 148).

(3) Bordeaux. 23 août 1834. Cassat., rej., du pourvoi, 3 mars 1836 (Devill., 36, 1, 759).

(4) Argument d'un arrêt de Bordeaux du 6 août 1834 (Devill., 35, 2, 61).

(5) Bourges, 9 mai 1848 (Devill., 48, 2, 586).

Article 1011.

Les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *des Successions*.

SOMMAIRE.

1852. Le légataire à titre universel est toujours assujetti à la demande en délivrance;
1853. Même envers les successeurs irréguliers,
1854. Même au cas où la succession est vacante.
1855. Le légataire à titre universel n'a droit aux fruits qu'à partir du jour de la demande,
1856. A moins que le testateur n'en ait ordonné autrement.

COMMENTAIRE.

1852. L'obligation de demander la délivrance, qui n'est imposée au légataire universel que lorsqu'il est en concours avec des héritiers à réserve, a une portée bien plus grande à l'égard du légataire à titre universel. Ce dernier n'est jamais saisi. Et soit qu'il y ait des héritiers à réserve ou qu'il n'y en ait pas, soit qu'il y ait un héritier testamentaire ou non, il est toujours assujetti à demander la délivrance, et il doit la demander à celui qui est saisi d'après les règles du droit commun sur la dévolution des biens après décès.

1853. Il y a plus : lors même que manquent les successeurs réguliers, et qu'il n'y a que des successeurs irréguliers, c'est encore à eux que le légataire doit demander la délivrance. Ainsi il devra s'adresser soit à l'enfant naturel,

soit au conjoint, soit même à l'État, lorsque ces successeurs sont envoyés en possession.

1854. Que si personne ne se présente ou qu'il n'y ait personne encore en possession, le légataire à titre universel devra alors diriger sa demande en délivrance contre un curateur à la succession vacante (1).

1855. A la question de délivrance, se lie naturellement la question des fruits. Examinons donc, à partir de quel moment le légataire à titre universel a droit aux fruits. Est-ce du jour de la délivrance, conformément aux principes du droit commun dont l'art. 1014 étend la disposition au légataire particulier? Ou bien, faut-il lui appliquer le bénéfice accordé par l'art. 1005 au légataire universel?

Cette question est controversée.

Elle nous paraît cependant devoir se résoudre facilement par les raisons que voici :

Dans la rédaction primitive du titre qui nous occupe, les auteurs du Code avaient adopté le système suivi dans les pays de droit coutumier; ils avaient voulu que tous les légataires, sans distinction (2) (art. 85 du projet), fussent tenus de demander la délivrance; et les fruits ne devaient leur appartenir, toujours d'après les principes du droit coutumier, qu'à partir du jour de la demande. Lorsque la discussion s'engagea au Conseil d'État sur cette disposition, les partisans du droit romain, que l'on observait dans les pays de droit écrit, élevèrent la voix en faveur du système qui exemptait les héritiers institués de l'obligation de demander la délivrance. C'est alors que M. de Cambacérès (3) ayant proposé une transaction entre les deux systèmes, il fut dé-

(1) Toullier, t. V, n° 550. MM. Duranton, t. IX, n° 209. Coin-Delisle, n° 8, sur l'art. 1011.

(2) Fenet, t. XII, p. 395.

(3) *Supra*, n° 1767.

cidé qu'une exception à la règle coutumière serait faite en faveur du légataire universel; que ce dernier, tenu de demander la délivrance toutes les fois qu'il y aurait un héritier à réserve, en serait dispensé lorsqu'il n'y aurait pas de légitimaire (1). De là, l'art. 1005 du Code Napoléon, qui décide que le légataire universel, bien que soumis à demander la délivrance dans le cas qui vient d'être dit, fait les fruits siens du jour de l'ouverture de la succession, à la condition que sa demande sera intentée dans l'année.

Mais puisque cet article ne parle que du légataire universel, puisque c'est seulement en faveur du légataire universel qu'il a dérogé à la pensée primitive du projet, comment serait-il possible d'étendre sa disposition au légataire à titre universel, dont le sort est réglé dans une section différente? Évidemment, le légataire à titre universel est resté sous l'influence de l'idée originaire qui avait présidé à la rédaction du titre. Il doit d'autant plus en être ainsi que, d'après les principes généraux, les fruits ne sont dus qu'à partir du jour de la demande, et nous verrons ce point de droit proclamé d'une manière spéciale par l'art. 1014, en ce qui concerne le légataire particulier. Il est vrai que le Code a omis de se prononcer dans la section du légataire à titre universel sur la question des fruits, tandis qu'il renferme des textes précis à l'égard du légataire particulier et du légataire universel. Mais dans le silence de la loi reste le droit commun qui est contraire au légataire à titre universel. S'il est vrai que le légataire à titre universel soit comparable au légataire universel pour ce qui est de contribuer aux dettes, d'un autre côté, il est assimilé au légataire particulier pour demander la délivrance (2), et c'est de délivrance qu'il s'agit surtout ici. Il ne doit donc pas paraître extraor-

(1) Fenet, *loc. cit.*

(2) Bigot de Préameneu sur l'art. 85 du projet (Fenet, t. XII, p. 389).

dinaire qu'il subisse les conditions imposées à ce dernier. D'ailleurs, nous le répétons, le droit commun tranche positivement la question. Nous savons que cette opinion est combattue par la plupart des auteurs; mais elle s'appuie sur un arrêt de la cour de Bourges, du 1er mars 1821 (1), qui nous paraît mériter l'approbation des jurisconsultes.

1856. Tel est donc le principe qui domine la matière : il fléchit cependant toutes fois que le testateur a exprimé une volonté contraire (2). Une telle volonté se trouve-t-elle exprimée implicitement, mais nécessairement dans un legs d'usufruit de la totalité ou d'une quotité des biens? C'est une question que nous examinerons dans le commentaire de l'art. 1015 (3).

ARTICLE 1012.

Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout.

SOMMAIRE.

1857. De l'assimilation du légataire à titre universel au légataire universel quant au payement des dettes.

1858. Du partage des dettes entre les héritiers ou colégataires et le légataire à titre universel.

1859. Du calcul à faire pour le partage des dettes, lorsque le légataire à titre universel est légataire d'une espèce de biens.

1860. Comment contribue au payement des dettes le légataire de l'universalité de l'usufruit?

1861. Suite.

(1) Bourges, 1er mars 1821 (Devill., 6, 2, 373). *Junge* MM. Coin-Delisle, nos 8 et suiv. sur l'art. 1015. Dalloz, *Disp. entre-vifs* et *Testam.*, p. 89. no 12. Marcadé, t. IV, nos 102 et 103.

(2) Argument de l'art. 1015.

(3) *Infra*, nos 1904 et 1912.

1862. De l'action hypothécaire.
1863. Du payement des legs.

COMMENTAIRE.

1857. Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit (1) sur le partage des dettes entre les individus prenant part à la succession et sur la manière dont ils sont tenus vis-à-vis des créanciers. Les principes qui s'appliquent au légataire universel s'appliquent également au légataire à titre universel.

Ainsi, à l'égard des créanciers, le legataire à titre universel est tenu personnellement pour sa part et portion, et il est tenu même *ultra vires*, tout aussi bien que le légataire universel en concours avec un légitimaire. Comment pourrait-il en être autrement pour le légataire à titre universel, puisque l'art. 1012, qui le concerne, est conçu dans les mêmes termes que l'art. 1009 qui s'applique au légataire universel en concours avec un réservataire, et lorsque, d'ailleurs, les raisons de décider sont identiques, sauf à garder, dans la mesure des charges, la proportion que le testateur a établie dans l'attribution de ses biens (2) ? C'est, du reste, ce que la cour de cassation a reconnu comme constant, dans son arrêt du 13 août 1851, que nous avons cité ci-dessus (3). Il est vrai que dans l'espèce de cet arrêt, il ne sagissait que d'un legs universel ; mais la cour, voulant embrasser tous les cas, a développé une doctrine plus large que les faits de la cause, et elle a assimilé le légataire à titre universel au légataire universel, quant à l'obligation de payer les dettes *ultra vires*.

1858. Quand il s'agit du partage des dettes entre les héritiers ou colégataires et le légataire à titre universel, on suit une règle différente de celle qui est suivie à l'égard des

(1) Nos 1839 et suiv.
(2) No 1841.
(3) No 1840.

créanciers. Le légataire à titre universel est tenu au prorata de son émolument.

Nous avons vu la différence qui existe entre ces deux obligations (1). Un exemple la fera mieux sentir.

Titus laisse deux frères. Il lègue à Paul le tiers de tous ses biens ; mais il le charge de donner 10,000 francs à Caïus. Il laisse en mourant 60,000 francs.

La part virile de chacun des frères est du tiers, celle de Paul est également du tiers. Les créanciers de la succession ayant à recouvrer une somme de 9,000 francs, pourront contraindre les deux frères héritiers *ab intestat* et Paul, chacun pour 3,000 francs, qui est le tiers de leur portion virile.

Cependant Paul ne doit contribuer aux dettes avec les deux frères, que pour le cinquième de la succession, qui est l'émolument qu'il retire de son legs.

Ainsi, à l'égard des créanciers, il devra répondre pour sa part virile ; mais les héritiers devront l'indemniser de tout ce qu'il paye au delà de son émolument. Il aura pour cela un recours contre ces derniers (2).

1859. Quand, au lieu d'une quote-part fixe, le légataire à titre universel est appelé au legs d'une espèce de biens, comme de tous les immeubles, ou de tout le mobilier, ou d'une quotité des immeubles ou du mobilier, il faut, pour fixer la part du légataire à titre universel, estimer tous les biens et faire la comparaison de la valeur des immeubles avec celle des meubles ; puis on fait une ventilation. Or, comme c'est là une opération gênante, un auteur (3) a pensé que les créanciers n'avaient point à s'en occuper et qu'il leur suffisait d'actionner les héritiers à réserve pour la totalité,

(1) N° 1840.
(2) Toullier, t. IV, nos 518 et suiv.
(3) M. Duranton, t. IX, nos 213 et 214.

sauf le recours de ceux-ci contre les légataires. C'est là une erreur : les héritiers sont tenus personnellement pour leur part et portion virile. Les créanciers ne peuvent les actionner au delà ; seulement, ils ont le droit de provoquer cette ventilation entre les héritiers et les légataires ; mais dans aucun cas, ils ne sont dispensés de la division (1).

1860. Nous avons vu que le legs de l'universalité de l'usufruit est un legs à titre universel. Il en résulte que le légataire d'un tel legs devra contribuer au payement des dettes de la succession (2) : mais comment calculera-t-on cette contribution?

C'était un point très-controversé dans l'ancienne jurisprudence et qui, suivant Ricard, avait mis à la gêne les auteurs (3). Mais l'art. 612 du Code Napoléon l'a simplifié. » On estime, dit cet article, la valeur du fonds sujet à usu- » fruit. On fixe ensuite la contribution aux dettes à raison » de cette valeur. Si l'usufruitier veut avancer la somme » pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en » est restitué à la fin de l'usufruit sans aucun intérêt. Si » l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire » a le choix, ou de payer cette somme, et dans ce cas, » l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée » de l'usufruit ; ou de faire vendre, jusqu'à due concur- » rence, une portion des biens soumis à l'usufruit. »

1861. Cette obligation, où se trouve l'usufruitier, d'avancer la somme nécessaire pour payer les dettes, ou de laisser vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit, ou de payer les intérêts des sommes avancées par le nu propriétaire pour le payement des dettes, ne saurait être arbitrairement modifiée par les juges, d'après les

(1) M. Vazeille, n° 5, sur l'art. 1012.
(2) Venuleius, l. 43, *De usu et usuf. per legat.*
(3) Ricard, part. 3, n° 1533.

circonstances de la cause. Et c'est avec raison que la cour de Riom (1) a infirmé un jugement du tribunal de St-Flour qui, d'après l'estimation de l'usufruit, avait cru pouvoir fixer à un cinquième le payement des dettes de la succession à la charge de l'usufruitier. De même, un arrêt de la cour de Bordeaux (2) a infirmé un jugement du tribunal de Libourne qui, vu le grand âge de l'usufruitier, avait pris sur lui de fixer à une somme déterminée la somme à payer dans les dettes par l'usufruitier et de l'affranchir des intérêts des sommes avancées par le nu propriétaire pour le payement des dettes.

1862. Quant à l'action hypothécaire à laquelle notre article astreint le légataire à titre universel, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit précédemment (3) sur les droits des créanciers hypothécaires. Il en est du légataire à titre universel comme du légataire universel.

1863. Le légataire à titre universel est tenu non-seulement du payement des dettes, mais encore du payement des legs. Les legs, en effet, sont des charges qui grèvent la succession. Il suit de là que le légataire à titre universel en concurrence avec un légataire universel, doit contribuer pour sa part et portion au payement des legs (4). L'article suivant s'occupe du point de savoir comment le légataire à titre universel doit contribuer au payement des legs, quand il est en concours avec un héritier à réserve.

(1) 12 fév. 1830 (Devill., 9, 2, 398).

(2) 1er mars 1838 (Devill., 38, 2, 256). *Junge* Proudhon, *De l'usufruit*, t. IV, n° 1894.

(3) N° 1838.

(4) Toullier, t. V, n° 558 *in fine*. Grenier, n° 520.

ARTICLE 1013.

Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels.

SOMMAIRE.

1864. De l'acquittement des legs particuliers par le légataire à titre universel, par contribution avec l'héritier naturel.
1865. Cas dans lequel le légataire à titre universel sera tenu de supporter seul le payement des legs.
1866. Suite.
1867. Cas dans lequel l'héritier naturel sera seul astreint au payement des legs.
1868. Conséquence de ces différentes solutions, quant au profit des caducités.

COMMENTAIRE.

1864. L'art. 1013 soumet le légataire à titre universel à contribuer à l'acquittement des legs particuliers avec l'héritier naturel. On aurait pu penser que l'héritier naturel qui représente le défunt et qui a la saisine de ses biens est chargé de payer les legs avec l'émolument qu'il trouve dans la succession, lorsque cet émolument excède la réserve; mais notre article veut que pour les legs, comme pour les dettes, le légataire à titre universel qui a droit à une portion de l'universalité, supporte une contribution.

1865. Toutefois ce principe cesse de recevoir son application dans le cas où le testateur a manifesté une volonté contraire. Ainsi, lorsque le légataire à titre universel, au lieu d'être gratifié d'une quotité de la succession, est gratifié

d'une espèce de biens (comme tout le mobilier ou tous les immeubles), et que le testateur a disposé d'un objet compris dans le lot attribué au légataire à titre universel, il est évident qu'il a manifesté l'intention de priver le légataire à titre universel de cet objet et d'amoindrir son legs au profit du légataire particulier (1).

1866. Cette intention se rencontre-t-elle dans l'espèce suivante? Pierre a légué tout son mobilier à Primus; puis il a fait un legs particulier de 5,000 francs à Secundus. Comme le mot « mobilier, » pris dans son acception légale, embrasse l'argent, on demande si Primus est seul tenu de payer ce legs de 5,000 francs par délibation de son legs à titre universel, ou bien si l'héritier du sang doit y contribuer. Cette question peut dépendre des circonstances. Cependant, en l'examinant à un point de vue général, je ne pense pas qu'on doive la résoudre en faveur de l'héritier du sang qui prétendrait faire retomber sur le légataire à titre universel toute la charge de ce legs particulier. Quand le testateur a légué d'une manière générale une somme de 5,000 francs, ce sont 5,000 francs à prendre dans sa succession tout entière; ce qui est bien différent du cas où il aurait légué 5,000 francs à prendre chez tel notaire, ou renfermés dans tel portefeuille. Dans ce dernier cas, le légataire du mobilier devrait évidemment payer seul le legs de 5,000 fr. Mais dans l'autre hypothèse, c'est la succession tout entière qui doit y contribuer conformément à notre article (2).

1867. De même que l'intention du testateur peut empêcher l'héritier naturel de contribuer aux legs particuliers, de même elle peut faire porter tout le poids des legs sur l'héritier naturel. Supposons que le testateur ait fait un legs

(1) *Infra*, nos 1921, 1922.

(2) Delvincourt, t. II, p. 356. Toullier, t. V, no 559. M. Vazeille, no 3, sur l'art. 1013.

à titre universel du mobilier, puis un legs particulier d'un immeuble; ses héritiers naturels ne seront pas fondés à prétendre que le légataire du mobilier doit contribuer au payement du legs de l'immeuble. La volonté du testateur indique clairement que ce legs de l'immeuble est une charge spécialement imposée à ceux qui recueillent les immeubles dans sa succession (1).

1868. Par une autre conséquence il devra arriver, selon ces différents cas, que le légataire à titre universel pourra tantôt profiter de la caducité des legs particuliers en tout ou en partie, tantôt n'avoir aucun droit à y prétendre (2).

Si, en effet, il est chargé de payer le legs à lui tout seul, comme dans l'espèce posée au n° 1865, la justice et la raison veulent qu'il profite seul de la caducité du legs qui devait être pris sur sa part. Ce legs ne devant être dans la pensée du testateur qu'une délibation des biens compris dans le legs à titre universel, c'est se conformer à cette même volonté que de le faire rentrer, en cas de caducité, dans l'universalité dont il devait sortir.

Si, au contraire, le legs est tout entier à la charge de l'héritier naturel, il est clair que la caducité ne profite qu'à ce dernier, et point du tout au légataire à titre universel.

Mais, si le legs est de ceux qui doivent se payer par contribution, il va de soi que la caducité du legs profite proportionnellement à ceux qui devaient y contribuer.

(1) Bruxelles, 25 nov. 1811 (Devill., 3, 2, 581).
(2) Toullier, t. V, n° 682.

SECTION VI.

DES LEGS PARTICULIERS.

ARTICLE 1014.

Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit ransmissible à ses héritiers ou ayants cause.

Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'art. 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie.

SOMMAIRE.

1869. Du legs particulier.
1870. Sur quelles choses peut porter un legs particulier.
1871. Le droit du légataire pur et simple sur la chose léguée commence du jour décès.
1872. Principes du droit romain en ce qui concerne l'échéance du legs.
1873. *Quid* si le legs est à terme ou conditionnel ?
1874. Il n'y a pas lieu, sous le Code, d'adopter la règle du droit romain en ce qui concerne l'échéance des legs d'usufruit et de servitude personnelle.
1875. Différence entre la propriété et la saisine.
1876. Les fruits sont-ils dus au légataire du jour du décès du testateur ?
1877. Suite.
1878. Cas dans lesquels les fruits sont dus au légataire du jour du décès :

1879. 1° Lorsque la réserve a été léguée au réservataire;

1880. 2° Lorsque le legs a été fait pour tenir lieu de dot.

1881. Le Code n'a point admis l'exception du droit romain quant aux legs faits aux mineurs ou à la cause pie.

1882. *Quid* des fruits, lorsque l'héritier a dissimulé aux légataires les dispositions qui les concernent et a retardé ainsi la demande en délivrance?

1883. Dans le cas du payement d'une partie du legs, les intérêts pour le surplus courent du jour du payement.

1884. Le légataire peut répudier le legs qui lui est fait.

1885. Ses créanciers pourraient-ils accepter pour lui?

1886. Pourraient-ils accepter, même après la répudiation du légataire?

COMMENTAIRE.

1869. En se reportant aux articles 1005 et 1010 du Code Napoléon et à ce que nous avons dit (1) sur la définition du legs universel et du legs à titre universel, il sera facile de voir ce que c'est qu'un legs à titre particulier.

Dans le droit romain, on ne connaissait que des legs particuliers : il n'y avait de titre universel que celui d'héritier testamentaire ou de successeur *ab intestat* (2). On a vu que nous nous sommes éloignés de ces principes (3) ; même dans les pays de droit écrit, on considérait comme titre universel le legs universel et la donation de tous les biens présents et à venir (4).

1870. Le legs particulier peut porter sur un corps certain, sur un droit, une créance, une servitude, etc. *Et quidem corpora legari omnia, et jura, et servitutes possunt* (5). Le Digeste, qui est si riche sur la matière des legs contient des

(1) *Supra*, nos 1767, 1846.

(2) Furgole; *Comm. sur l'ordonnance des subst.*, p. 15.

(3) *Supra*, no 1792.

(4) Furgole, *loc. cit.*

(5) Ulpianus, l. 41 *in principio*, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, no 109.

titres spéciaux sur les legs d'usufruit, d'usage et d'habitation, de servitudes, de choses fongibles, d'aliments, de libération, etc...; nous parlerons de ces différents legs sous les divers articles de cette section qui s'y rapportent (1).

Il est certain qu'on peut léguer toutes les choses qui sont dans le commerce, même les choses qui n'existent pas encore, mais qui existeront dans la suite, comme le vin que je retirerai de ma vigne dans l'année 1865 (2).

On peut léguer des faits, comme lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de la maison afin d'éclairer celle de Pierre qui est située vis-à-vis (3).

1871. Le droit du légataire pur et simple sur la chose léguée, commence au jour du décès du testateur. Dès ce moment, la propriété en est acquise à ce légataire; il la transmet à ses successeurs et héritiers.

Il n'en a pas toujours été ainsi, et c'est le moment de faire connaître les variations de la législation sur ce point (4).

1872. Dans l'ancien droit romain, les legs purs et simples étaient échus au profit des légataires à compter du décès du testateur (5). Mais les guerres civiles ayant épuisé le trésor public, Auguste voulant venir au secours des finances de l'État fit rendre les lois Julia et Pappia Poppæa, qui organisèrent un système de caducité des libéralités testamentaires et en firent profiter le fisc (6). Entre autres causes de

(1) Art. 1015, 1020, 1022 et notamment les nos 1914 et 1915.

(2) Pomponius, l. 24 *in principio*, D., *De legat.*, 1°. Mæcianus, l. 9, *in principio*, D., *De legat.*, 3°. Modestinus, l. 42, D., *De usuris*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 291, no 110.

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 4, art. 1, § 6.

(4) *Supra*, no 1799.

(5) Ulpien, *Fragm.*, t. XXIV, § 21. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, no 273.

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348, col. 2 *in fine*. Heineccius, *ad leg. Jul. et P. Poppæam*, l. 3, c. 1, *ad cap.* 5, *De caducis*.

caducité, ces lois prononcèrent la déchéance des legs toutes les fois que le légataire serait décédé, ou aurait perdu son état avant l'ouverture du testament : et le fisc alors prenait sa place.

Justinien abrogea la législation relative aux caducités et en revint au droit ancien, d'après lequel le legs pur et simple était échu du jour du décès du testateur (1).

Toutefois, il y avait cette circonstance remarquable, que les legs contenus dans un testament étaient subordonnés à l'adition faite par l'héritier. C'est de cette adition que dépendaient les legs; et lorsque l'héritier répudiait ou décédait avant d'avoir fait adition, tout le testament s'écroulait et les legs ne subsistaient plus. Si l'on avait établi que les legs étaient dus à compter du jour de la mort du testateur, c'était par une fiction qui faisait remonter l'adition au jour de la mort, et qui avait pour but de faire passer ce legs aux héritiers du légataire. Mais c'était toujours avec la condition que l'héritier ferait adition ; sans cela le legs n'eût plus eu d'existence (2).

1873. Dans les principes actuels, il n'en est pas ainsi : l'adition n'est plus nécessaire que pour exclure la répudiation, d'après la maxime : *le mort saisit le vif*. D'ailleurs, la caducité de l'institution ne fait pas tomber les legs : toutes les dispositions d'un testament sont autant de fidéicommis indépendants les uns des autres, et qui peuvent s'éteindre ou se soutenir isolément.

Mais en ce qui concerne l'échéance du legs, on a toujours suivi, en France, le droit rétabli par Justinien, et c'est aussi celui que le Code Napoléon a consacré. Ainsi, quand le legs sera pur et simple, le légataire sera propriétaire de la chose

(1) L. 1, C., *De caducis*. Cujas sur cette loi, au C., *De caducis tollend.* Heineccius, *loc. cit.*, no 2.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 328, note *a*.

léguée dès le jour du décès et la transmettra à ses héritiers.

Si le legs est à terme, le légataire en est de même propriétaire à compter du jour de la mort; mais il ne peut en exiger la délivrance, avant l'échéance du terme. *Dies cedit, nundum venit* (1).

Que si le legs est conditionnel, il n'est dû que lorsque la condition est échue, de manière que si le légataire meurt dans le temps qui s'écoule entre le jour de la mort et l'échéance du legs, le legs ne passe pas aux héritiers, soit que la condition soit casuelle, soit qu'elle soit potestative, et quand bien même, dans ce dernier cas, les héritiers du légataire proposeraient de l'accomplir (2).

1874. D'après les principes du droit romain, les legs d'usufruit, de servitude personnelle et autres qui ne passaient pas à l'héritier et qui étaient attachés à la personne des légataires, n'étaient dus qu'à compter du jour de l'adition faite par l'héritier institué. On pensait que la fiction de la loi, dont nous venons de parler tout à l'heure, ne devait pas être étendue à ce genre de legs, par la raison que, dans aucun cas, ils n'étaient transmissibles aux héritiers. On s'en tenait donc au principe rigoureux, que les legs dépendent de l'adition d'hérédité (3).

On voit clairement que, d'après nos règles actuelles, on ne peut adopter ces exceptions, et que notre article s'applique indifféremment à tous les legs quelconques lorsqu'ils sont purs et simples.

1875. Autre chose est la propriété, autre chose est la saisine.

(1) L. 21, *Quando dies leg. ced.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, n° 274. Voët, *Ad Pand.*, *Quando dies leg. ced.*, n° 2. Voy. *supra*, n°s 390 et suiv., quand le jour apposé à une condition forme un vrai terme, et quand il ne vaut que comme condition.

(2) Voët, *Quando dies leg. ced.*, n° 3. *Supra*, n° 285.

(3) Voët, *loc. cit.*, n° 1. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 327, n° 277.

La propriété est acquise au légataire du jour du décès. Mais il n'a pas la saisine de plein droit. Cette saisine n'est dévolue qu'à l'héritier du sang ou au légataire universel. On ne peut donc en priver l'un ou l'autre que par une action en délivrance, dont le but est de procurer au légataire la possession. Voilà pourquoi, malgré le principe que la propriété est acquise au légataire particulier à compter du jour du décès, ce légataire n'en doit pas moins demander la possession à l'héritier ou au légataire universel saisi par la loi (1). Si la propriété est acquise du jour du décès, la possession est différée jusqu'à la délivrance volontaire ou forcée que fait l'héritier (2).

1876. Mais le légataire peut-il prétendre les fruits à compter du jour du décès du testateur, ou bien seulement à compter du jour de la demande en délivrance?

Nous avons vu que le légataire universel a droit aux fruits, à compter du jour du décès du testateur, pourvu qu'il intente son action contre les héritiers réservataires dans l'année (3).

Mais pour ce qui est du légataire particulier ou même du légataire à titre universel (4), il ne gagne les fruits (5) que du jour de la demande en délivrance, ou du jour de la délivrance volontaire, sauf le cas où le testateur a expressément ordonné qu'il ferait les fruits siens à compter du jour de son décès.

Au premier coup d'œil, on n'aperçoit pas la raison de cette différence. Car, soit qu'il s'agisse du légataire universel, soit qu'il s'agisse du légataire particulier, les principes

(1) *Supra*, n° 1852.

(2) Merlin, Répert., v° *Légataire*, p. 780, alinéa 1.

(3) *Supra*, n°s 1799 et suiv.

(4) *Supra*, n° 1855.

(5) ... Même les fruits pendants. Merlin, Répert., v° *Legs*, sect. 5, § 1, n° 14, p. 344.

rigoureux obligent à dire que l'héritier saisi fait les fruits siens tant que le légataire ne demande pas la délivrance; qu'il jouit de bonne foi, par le motif qu'il n'est pas obligé de savoir si le légataire veut ou non accepter le legs à lui fait; que dès lors les fruits lui sont dus *pro impensa et cultura*. Mais on a considéré que le légataire universel succède *in universum jus* et que son titre a une étendue telle qu'il embrasse même les fruits à partir du jour du décès (1). Cette raison a paru suffisante pour établir une différence entre le legs universel et le legs particulier ou à titre universel. On n'oubliera pas, du reste, que, pour que ce droit ne devienne pas onéreux à l'héritier réservataire, le légataire universel est obligé de faire sa demande en délivrance dans l'année (2).

1877. C'était une question fort controversée entre les anciens auteurs, que de savoir si les fruits de la chose léguée devaient courir du jour de la mise en demeure, ou du jour de la mort du testateur.

Favre (3) était d'avis que les fruits et intérêts ne devaient courir que depuis la mise en demeure.

Ricard avait embrassé la même opinion (4).

D'autres, au contraire, pensaient que les fruits étaient dus à compter du jour de la mort. C'était le sentiment de

(1) *Supra*, n° 1799.

(2) *Supra*, n° 1801.

(3) « *Usuras aut fructus legatorum a die moræ deberi verius est; moram* » *vero non prius contractum videri posse quam legatum agnoverit legatarius* » *et petierit. Itaque fructus interim percepti ad hæredem pertinebunt,* » *tanquam bona fide percepti, licet non ignoraverit legatum, quod utique* » *legatario nihil petenti offerre non debuit..... Sed hoc est ita accipiendum* » *si non ipsi quoque fructus in legato sint, quod plerumque evenit. Sed etsi* » *pro legitima legatum propronatur, fructus quoque a die mortis deberentur,* » *quoniam legatario, si legitimam peteret, deberentur.* » (Faber, C., l. 6, t. XXVI, *déf.* 1.)

(4) *Donations*, part. 2, n°s 99 et suiv.

Voët (1), qui se fondait sur ce que ce légataire était maître de la chose léguée *ex die mortis*.

Pothier, dans ses Pandectes, enseignait un tiers avis : c'est que les fruits consommés ne pouvaient être réclamés par le légataire agissant *in rem* par l'action de revendication; mais qu'il avait droit aux fruits non consommés. Que si, au contraire, le légataire agissait par l'action *ex testamento*, il n'avait droit aux fruits que *ex mora* (2).

Il est certain que les lois romaines présentaient, sur ce point, des divergences presque inconciliables, comme le dit M. Merlin (3). La loi 42, D., *De usuris*, disait que les fruits étaient dus à compter de l'échéance du legs. D'un autre côté, les lois 1 et 2, C., *De usuris et fruct. legat.*, portaient que les intérêts étaient dus au légataire du jour de la contestation en cause. On ne doit pas être surpris des divergences des interprètes qui prenaient pour guide de leur explication des décisions aussi contradictoires.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence adoptée par les parlements favorisait l'opinion de Favre et de Ricard. On jugeait assez uniformément que les fruits d'un legs, même universel, n'étaient dus qu'à compter de la demande en délivrance (4).

Le Code a posé un principe fixe : c'est que les fruits du legs particulier ne courent qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou de la remise volontaire faite par l'héritier. Mais, comme nous l'avons vu, il a voulu qu'à l'égard du legs universel, les fruits courussent à compter du

(1) *Ad Pand.*, *De legatis*, n° 48.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 339, n° 333, col. 2.

(3) Répert., v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 27, p. 339.

(4) Arrêt du parlement de Paris, 15 février 1729 (Merlin, Répert., v° *Legs*, p. 340, col. 2, alinéa 3).

jour du décès, pourvu que la demande en délivrance eût été intentée dans l'année (1).

1878. Mais toute règle a son exception; la raison en indique plusieurs à l'art. 1014.

D'abord on en trouvera deux dans l'art. 1015. Nous les développerons sous cet article (2); d'autres se présentent encore.

1879. La première a lieu lorsque le testateur a légué à un réservataire la portion réservée. Car cette disposition de l'homme ne peut détruire l'effet de la disposition de la loi qui fait passer la portion réservée au légitimaire, *ex die mortis*, avec tous ses accessoires. Par cela même que cette portion est indisponible et que, d'après la loi, les fruits ne peuvent en appartenir qu'au réservataire *ex die mortis*, le testateur n'a pu rien faire pour changer cet ordre de choses. C'eût été disposer d'une chose indisponible. Telle était la décision portée par tous les jurisconsultes dans le cas du legs de légitime. Favre a donné cette raison décisive : *Legitima debetur ex die mortis, nec moram ullam recipit* (3). Il doit en être de même sous le Code Napoléon, par une raison d'autant plus forte que le réservataire est saisi de plein droit de la portion réservée.

Mais si le legs excédait la portion réservée, les intérêts du surplus ne seraient dus que du jour de la demande en délivrance (4).

1880. Une deuxième exception a lieu lorsque le legs est fait pour tenir lieu de dot. Alors les fruits et intérêts sont

(1) Art. 1005.

(2) *Infra*, n° 1885.

(3) Favre, *loc. cit.*, *défin.* 4, note 1 ; *défin.* 12.

(4) Ricard, *loc. cit.*, Merlin, *loc. cit.* — V. cependant Riom, 11 av. 1856 (Dalloz, 57, 2, 22). Montpellier, 23 mai 1858 (Dalloz, 60, 2, 38. *J. Pal.* 1859, p. 526).

dus, non pas à compter du jour du décès, mais à compter du jour du mariage. L'art. 1548 du Code Napoléon porte, en effet, que les intérêts de la dot courent de plein droit du jour du mariage, contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire (1).

1881. D'après le droit romain, les intérêts des legs faits aux mineurs ou pour cause pie, couraient du jour du décès. Mais ces principes n'ont jamais été suivis en France, comme l'atteste Ricard (2). Nous avons toujours considéré les mineurs et les églises comme soumis au droit commun (3).

1882. Une autre exception a lieu lorsque l'héritier a empêché, par une réticence frauduleuse, que le testament ne vînt à la connaissance des légataires. Alors les fruits sont dus à compter du jour de la mort (4).

(1) Favre. *loc. cit.*, *défin.* 8. Ricard, *loc. cit.*, Merlin, *loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*, nos 109 et 110.

(3) Merlin, *loc. cit.* Et il a été décidé que l'hospice au profit duquel a été fait un legs à titre particulier n'a droit aux fruits de la chose léguée qu'à partir de la demande par lui formée en justice, dans le cas même où le legs est accepté provisoirement par le président de la commission de l'hospice, en vertu de l'art. 11 de la loi du 13 août 1851, cette acceptation provisoire ne suffisant point elle-même pour faire courir les fruits en faveur de l'hospice Agen, 29 mars 1860 (Devill., 60, 2, 339; *J. Pal.*, 1861, p. 338). Voy. cependant C. de cassat., 13 novembre 1849 et 24 mars 1852 (Devill., 50, 1, 198; 52, 1, 397). Paris, 27 janvier 1851 (Devill., 51, 2, 72). Voy. aussi M. Paul Pont, *Revue critique*, t. IV, p. 1 et suiv. — D'ailleurs, la disposition testamentaire par laquelle le testateur, après avoir fait différents legs, et notamment un legs pour des messes, ajoute que son exécuteur testamentaire emploiera le surplus de son bien en œuvres pies et services religieux, est nulle, comme ne désignant pas suffisamment la personne du légataire. Riom, 29 juin 1859 (Dalloz, 59, 2, 196). Mais, en règle générale, un testateur peut ordonner qu'une certaine somme sera prélevée sur sa succession pour être employée, par un exécuteur testamentaire, en prières et en bonnes œuvres. Voy. la décision rapportée dans le Répertoire de M. Dalloz, v° *Disp. entre-vifs et test.*, nos 334 et suiv. *Junge* Rej., 13 juillet 1859 (Dalloz, 59, 1, 322).

(4) Merlin, *loc. cit.*, no 33, p. 343.

1883. Lorsque l'héritier a payé volontairement une partie du legs, il doit, pour le restant, les intérêts à partir de cette époque, sans qu'il soit besoin de faire de demande (1). Les intérêts de l'autre partie courent de plein droit à partir de l'époque de ce payement. Il y a, de sa part, une reconnaissance et un consentement qui rendent inutile la demande en délivrance.

1884. On ne peut jamais être contraint d'accepter un legs; *beneficium invito non datur*. Le légataire peut donc le répudier s'il le croit onéreux pour lui, et délibérer s'il l'acceptera : car le droit de délibérer n'est pas étranger au légataire (2).

Mais lorsque le légataire n'accepte ni ne répudie, et que le testateur a apposé des charges à sa libéralité, celui qui est intéressé à l'acceptation de ces charges, peut se pourvoir en justice pour forcer le légataire à se prononcer (3).

1885. Ses créanciers même pourraient, en ce cas, accepter pour lui. L'art. 788 du Code Napoléon, dont on argumente en faveur des créanciers de l'héritier qui, sans faire de renonciation formelle, s'abstient de la succession (4), s'applique ausssi bien aux créanciers du légataire qu'aux créanciers de l'héritier. Les motifs sont les mêmes (5). Il ne saurait, en effet, dépendre de la volonté du légataire et de l'héritier, de priver leurs créanciers de cette augmentation de leur gage, et il n'y a pas lieu de faire ici la distinction

(1) Ulpien, l. 37, D., *Ad S. C. Trebell.*, pur argument. Grenier, n° 298. Montpellier, 3 août 1825 (Devill., 8, 2, 124).

(2) Marcellus, l. 31, D., *De testam. milit.* Marcianus, l. 15, D., *De rebus dubiis.* Voët, *Ad Pand.*, *De jure delib.*, n° 5. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 4, n° 2, p. 770 et 771.

(3) Merlin, *loc. cit.*

(4) Toullier, t. IV, n° 319. MM. Duranton, t. VI, n° 519. Vazeille, n° 1, sur l'art. 788.

(5) Proudhon, t. IV, *De l'usufruit*, n° 2218.

admise, en droit romain, pour l'exercice de l'action Paulienne, entre celui qui diminue et celui qui refuse d'accroître son patrimoine (1).

Du reste, ce droit existait déjà dans l'ancienne jurisprudence, et nous voyons que l'ordonnance de 1747, sur les substitutions, suppose le cas où les créanciers du légataire grevé ou substitué ont été admis à accepter la disposition faite au profit de leur débiteur (2).

1886. Mais les créanciers pourraient-ils accepter quand le légataire a répudié?

Cette question est semblable à celle qui est décidée par l'art. 2225 du Code Napoléon, relatif au débiteur qui renonce à la prescription (3) et à celle dont s'occupe l'art. 788 du même Code relatif à l'héritier qui renonce à une succession.

Elle se résout par des idées analogues; les créanciers ont donc l'action Paulienne pour faire tomber la renonciation du légataire lorsqu'elle préjudicie à leurs droits.

Article 1105.

Les intérêts ou fruits de la chose léguée courront

(1) L. 6, D., *Quæ in fraud. creditorum :*

« ... *Quod autem, cum possit aliquid quærere, non id agit ut acquirat;* » *ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad deminuentes patri-* » *monium suum, non ad eos qui id agunt, ne locupletentur.* »

(2) *Ordonnance concernant les substitutions,* t. I, art. 38 :

« N'entendons néanmoins que la disposition de l'article précédent puisse » avoir lieu dans le cas où les créanciers du grevé ou du substitué auraient » été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ou- » verture de la substitution, au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa » vie des biens substitués, auquel cas les degrés de substitution seront » comptés comme s'il avait recueilli lui-même lesdits biens. » Voy. *infra*, n° 2249.

(3) Mon *Traité de la prescription*, n.os 100, 101.

au profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice,

1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament;

2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments.

SOMMAIRE.

1887. Autres cas dans lesquels les fruits doivent courir du jour du décès:
1888. 1° Lorsque le testateur l'a expressément ordonné;
1889. 2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.
1890. Des legs annuels. — Le legs annuel contient plusieurs legs.
1891. Première conséquence.
1892. Deuxième conséquence.
1893. Troisième conséquence.
1894. Cas dans lesquels le legs annuel n'est pas soumis à la condition: *si vivat legatarius.*
1895. Différence du legs annuel et du legs de quartiers.
1896. Règles pour apprécier si un legs est ou non annuel.
1897. Du legs d'aliments.
1898. Anomalies dans le legs d'aliments. — Il peut être fait à un incapable.
1899. Ses rapports avec le legs annuel.
1900. L'accroissement n'a pas lieu en matière d'aliments.
1901. Les distinctions du droit romain, quant aux cessions et aux transactions à l'occasion des legs d'aliments, ne sont pas applicables sous le Code.
1902. Des fruits et intérêts de la rente viagère et de la pension.
1903. Les legs d'aliments sont censés dus au légataire pour toute sa vie.
1904. Du legs d'usufruit.
1905. Difficulté de reconnaître un legs d'usufruit.
1906. *Quid* de la disposition ainsi conçue: « Je donne l'usufruit de » mes biens à Titius, et je veux qu'après ma mort il le rende » à Sempronius? »

1907. *Quid* du legs d'usufruit avec défense d'aliéner?
1908. *Quid* du même legs avec pouvoir d'aliéner?
1909. *Quid* de la prohibition d'aliéner *quamdiu legatarius vixerit?*
1910. Renvoi.
1911. Différence entre le legs d'usufruit et les legs annuels.
1912. Le légataire de l'usufruit n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande.
1913. De l'accroissement en matière d'usufruit. — Renvoi.
1914. Des legs d'usage et d'habitation.
1915. Il ne faut pas confondre ces legs avec les legs de servitude.

COMMENTAIRE.

1887. Voici encore deux exceptions à la règle de l'article 1014 (1).

La première a lieu lorsque le testateur a expressément ordonné que les fruits courraient à compter du jour de son décès. Cette exception a été empruntée à l'ancienne jurisprudence qui, sur ce point, était formelle (2).

1888. Il faut que la volonté du testateur soit expresse. Des conjectures douteuses ne suffiraient pas pour faire prononcer en faveur des légataires. Le mot « expressément, » dont se sert l'art. 1015, a une grande énergie. Il ne veut pas dire, cependant, que le testateur doit nécessairement se servir de formules sacramentelles; c'est toujours à la volonté claire et précise qu'il faut s'attacher en cette matière, et non pas à l'empire de la lettre (3). On a déjà vu dans les articles 919 et 972, que le mot « expressément » n'entraîne pas avec lui l'emploi de formules judaïques (4).

(1) *Supra*, n° 1876.

(2) Ricard, part. 2, n° 115.

(3) Arrêt de Bourges du 13 fév. 1837 (Devill., 38, 2, 74) qui décide que la clause par laquelle le testateur déclare vouloir que les légataires soient saisis de leurs legs dès l'instant et par le fait seul de sa mort, exprime suffisamment son intention de faire courir à leur profit les fruits et intérêts du jour du décès.

(4) *Supra*, n°s 882, 1550, 1551, 1552.

C'est pourquoi on a généralement trouvé rigoureux un arrêt de la cour de Bourges, du 16 janvier 1821 (1), qui a refusé de voir une exception à la nécessité de demander la délivrance dans une clause ainsi conçue : « Sitôt mon décès, » l'exécuteur testamentaire et tous les intéressés à qui je » remets mes droits, seront saisis desdits droits dès l'ouver- » ture, exécution et autre connaissance du présent. » Il est vraisemblable, en effet, que le testateur avait voulu exempter les légataires de la délivrance. Néanmoins, il faut faire la part des circonstances particulières qui ont tant d'influence sur l'esprit du juge, et de ces nuances délicates qui échappent si souvent dans les notices d'arrêts.

1889. La deuxième exception dont parle notre article a lieu lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'aliments.

Pour donner des idées complètes sur cette matière, nous allons, avant tout, examiner la nature des legs de rente viagère et d'aliments, et par suite celle des legs annuels en général et des legs d'usufruit, d'usage et d'habitation qui ont avec eux beaucoup d'analogie.

Parlons d'abord des legs annuels.

1890. On appelle legs annuels ceux qui obligent l'héritier à payer annuellement une somme ou une quantité au légataire.

Ils ont cela de particulier qu'ils contiennent implicitement plusieurs legs : *Quum in annos singulos legatur, non unum legatum esse, sed plura constat* (2).

1891. De ce principe, répété dans une foule d'autres lois, résultent trois corollaires.

Le premier corollaire, c'est que pour l'année qui com-

(1) Devill., 22, 2, 35. *Junge, loc. cit.* Cassat., 16 août 1822.

(2) Ulpien, l. 10, D., *Quand. dies legat. vel fideic. cedat.* Paul, l. 4, D., *De annuis legatis.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 377, nos 1 et 2.

mence, le legs est pur et simple, mais que pour les autres il est conditionnel et subordonné à la condition : si le légataire vit (1). « *Primi quidem anni*, dit Voët (2), *legatum pu-* » *rum est, ac dies ejus statim a morte testatoris cedit...., se-* » *quentium vero annorum conditionalia*, SI VIVAT LEGATARIUS ; » *utpote quo extincto, nihil ultra debetur.* »

1892. Le deuxième corollaire, c'est qu'il faut que le légataire soit capable au commencement de chaque année, ou pour mieux dire, qu'il soit capable autant de fois qu'il y a d'années comprises dans ce legs.

Et comme le legs annuel est conditionnel pour les années qui suivent la première année, et qu'un legs conditionnel ne passe aux héritiers du légataire qu'autant que la condition se vérifie du vivant du légataire, il s'ensuit que si le légataire vient à décéder avant le commencement de la deuxième année, par exemple, le legs est tout à fait éteint et ne passe pas aux héritiers.

Supposons une disposition ainsi conçue : « Je lègue à Titius » une pension annuelle viagère de 60 francs, payable d'a- » vance le 1er janvier de chaque année. » Titius recueille la première année ; mais il décède avant le commencement de la deuxième année. La pension s'éteint en sa personne ; car n'étant pas capable pour recueillir la deuxième année, et la condition *si vivat* ne s'étant pas réalisée, il ne peut rien transmettre à ses héritiers (3).

Mais admettons que Titius ait vécu le premier jour de la deuxième année, et qu'il soit mort le second : alors, comme il aura été capable au moment de l'échéance du legs pour la deuxième année, il transmettra le legs à son héritier, qui,

(1) Paul, l. 4, D., *De annuis legatis.*
(2) *Ad Pand.*, *De annuis legatis*, nº 1. Furgole, ch. 6, nº 41.
(3) Paul, l. 4, D., *De annuis legatis.*

pourra réclamer le payement de la somme de 60 francs. Il en serait de même, d'après Voët (1), quand le legs serait un legs de fruits qui ne seraient pas encore nés au moment du décès du légataire.

C'est le commencement de l'année qu'il faut examiner pour savoir si le légataire est capable : *Ut tamen sufficiat, initio cujusque anni, legatarium vixisse* (2).

Remarquez cependant, dans le cas précité de rente viagère, que, si elle n'était pas payable d'avance, le légataire n'acquerrait que le nombre de jours pendant lesquels il aurait vécu ; car il est de principe, d'après l'article 1980, que la rente viagère n'est acquise au créancier que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu (3).

1893. Le troisième corollaire résultant du principe qu'un legs annuel contient autant de legs qu'il y a d'années, c'est qu'une seule prescription ne suffit pas pour l'éteindre. Il faut autant de prescriptions qu'il y a d'années (4). Cette prescription est de cinq ans (5).

1894. Le legs annuel cesserait d'être soumis à la condition *si vivat legatarius*, s'il était fait « au légataire ou à ses héritiers ; » car alors il serait perpétuel et profiterait aux héritiers des héritiers (6). Tel est le cas de la rente perpétuelle.

Il en serait de même s'il était fait à une église, à une commune, à une ville, à ces établissements, en un mot, qui ne meurent jamais (7).

(1) Voët, *loc. cit.*

(2) Grotius, *Man. de la jurisp. hollandaise*, l. 2, cap. 23, nos 22 et 23. Modestinus, l. 5, D., *De annuis legatis*. Alfenus Varus, l. 22, D., *De annuis legatis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, no 5. Voët, *loc. cit.*

(3) Voy. mon *Traité de la rente viagère*, art. 1980, nos 328 et suiv.

(4) Voët, *loc. cit.*, no 5.

(5) Voy. mon *Traité de la prescription*, art. 2277, nos 1003 et 1005.

(6) L. 22, C., *De legatis*. Voët, *loc. cit.*

(7) Modestinus, l. 6, D., *De annuis legatis*.

1895. Il faut bien se garder de confondre le legs annuel avec le legs d'une certaine somme dont le payement est divisé en plusieurs quartiers.

Le premier, comme nous l'avons dit, contient plusieurs legs.

Le deuxième, appelé chez les Romains, *legatum annua, bina, trina die præstandum*, parce qu'il était payable à trois quartiers, *tribus pensionibus*, ne constitue qu'un seul et même legs, qui n'a d'échéance qu'une seule fois, et pour lequel il n'est pas nécessaire d'être capable autant de fois qu'il y a de quartiers. Il suffit qu'on le soit au moment de l'ouverture de la succession (1).

1896. Pour distinguer si le legs est annuel, ou s'il ne porte que sur une somme unique, divisible seulement quant aux payements, Pothier, dans ses Pandectes (2), pose deux règles :

La première règle est que le legs doit être présumé annuel, lorsque le nombre des années est indéfini ; je lègue telle chose ou telle somme à Titius chaque année ou tous les ans (3).

La deuxième règle est que lorsque le nombre des années est limité, il faut distinguer si le payement par année a été ordonné dans l'intérêt de l'héritier ou du légataire.

Si le payement par année a été ordonné dans l'intérêt de l'héritier *exonerandi gratia*, le legs n'est pas annuel.

Si le payement par année a été ordonné dans l'intérêt du légataire, par exemple, pour lui assurer des aliments, ou pour qu'il n'eût pas à sa disposition une somme d'argent trop forte que son caractère dissipateur le portât à

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 378, n° 9. Voët, *loc. cit.*, n° 9.

(2) *Loc. cit.*

(3) Ulpien, l. 12, § 4, D., *Quand. dies legat. cedat.*

dilapider, alors il faut dire que le legs est annuel (1).

1897. Passons au legs d'aliments qui offre beaucoup de ressemblance avec le legs annuel, mais qui cependant en diffère, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. La loi 1 au Digeste, *De aliment. vel cibariis legatis*, nous apprend que le mot « aliments » comprend, dans sa signification, non-seulement la nourriture, mais le vestiaire et l'habitation, parce que ces choses sont indispensables à l'homme et constituent ses premiers besoins (2).

Cependant le mot « aliments » se prend souvent dans un sens plus restreint. C'est ainsi que la prohibition de transiger sur les aliments ne s'étend pas à ce qui concerne l'habitation et le vestiaire (3).

Les aliments se règlent, dans le doute, suivant la condition du légataire et autres circonstances : *pro legatarii conditione*, dit Voët, *aliisque circumstanciis* (4).

1898. Plusieurs anomalies se font remarquer dans le legs d'aliments.

Ainsi, premièrement, un legs d'aliments peut être fait à un incapable, par exemple à un condamné à une peine perpétuelle, bien que sa condamnation le rende incapable de recevoir en général par donation et testament (5).

(1) Marcianus, l. 20, D., *Quand. dies legat. ced.* C'est aussi l'avis de Voët, qui s'exprime ainsi (*De annuis legat.*, n° 7) :

« *Accidit interim subinde, ut annuum legatum legatario in luxum forte et* » *profusionem prono, non satis tutum sit, ac propterea testator ei mens-* » *truum quid, aut hebdomadale, vel etiam diurnum, id est, singulis men-* » *sibus, aut septimanis, aut diebus præstandum relinquat; et tunc in his* » *menstruis aut diurnis eadem, quæ in annuis, observanda sunt, ac locum* « *habent.* »

Junge Pothier *Pand.*, t. II, p. 379. Les nos 9, 10, 11, 12 contiennent de nombreux exemples de ces principes.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, no 3. Voët, *De alim. legat.*, n° 1.

(3) Ulpien, l. 8, § 12, D., *De transact.*

(4) Voët, *loc. cit.*, n° 2.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 412, no 1. Voët, *loc. cit.*, no 3. Furgole.

1899. Une deuxième anomalie, c'est que le legs d'aliments est semblable au legs annuel : il comprend autant de legs partiels qu'il y a d'années pendant lesquelles les aliments sont dus (1). En général, le legs pécuniaire pour aliments (2) est payable au commencement de chaque année (3) et, en pareil cas, l'année commencée est censée finie. C'est ce que décidaient les jurisconsultes romains, à cause de la grande faveur des legs d'aliments (4), malgré la ressemblance du legs annuel et du legs d'aliments. Voët, cependant, y trouve une différence qu'il exprime ainsi : « Dans le » legs annuel, s'il arrive que le légataire vienne à mourir » après le commencement de l'année, ce qui a été payé pour » cette année entière passe à ses héritiers qui, à cet égard, » ne peuvent être recherchés. Mais, dans le legs d'aliments, » il peut arriver que ce qui a été payé à ce titre au léga- » taire, qui est mort postérieurement, soit l'objet d'une » répétition de la part de l'héritier; par exemple, l'héritier » aura donné à Sempronius, légataire d'un legs d'aliments, » un habit, et cet habit ne sera pas usé au temps du décès » du légataire. L'héritier pourra le reprendre, parce que » tout ce qui est donné à titre d'aliments n'est donné qu'en » considération de la personne, et que si cette personne » vient à mourir, ce qui lui servait à ce titre devient inutile, » *dum ad mortuos alimenta non habent relationem* (5). » — « Il n'en serait pas toujours de même, ajoute Voët, si le » testateur avait légué une quantité fixe pour servir d'ali-

Testam., ch. 6, no 41 ; ch. 6, sect. 2, nos 14 et 23. Code Nap., art. 25; et loi du 31 mai 1854, qui abolit la mort civile, art. 3.

(1) Favre, C., l. 8, t. XXX, *définit.* 12. Voët, *loc. cit.*, no 4.

(2) «... *Annuam pecuniam.* » (Modest., l. 6, D., *De ann. leg.*)

(3) Modestinus, l. 5, D., *De annuis legat* : « ... *Annuos decem aureos.* » Alfenus, l. 22, D., *De annuis legat.*

(4) Voët, *loc. cit.*, no 4.

(5) Voët, *De aliment. leg.*, no 4, et *De agnosc. vel alend. liberis*, no 19.

» ments : ce serait tout simplement, dans ce cas, un legs » annuel, dont la destination ne pourrait changer l'es- » sence (1). »

Quant à nous, cette distinction nous paraît minutieuse et inadmissible. Elle ne s'appuie sur aucun texte positif du droit romain, et nous ne concevons pas pourquoi on serait fondé à enlever à l'héritier du légataire le vêtement que ce dernier aurait porté et dont il serait devenu propriétaire par le payement qui lui en a été fait.

1900. Enfin une troisième anomalie, c'est que l'accroissement n'a pas lieu en matière d'aliments (2), comme nous le verrons (3) en commentant l'art. 1044.

1901. Il y avait encore une autre singularité dans les principes de l'ancienne jurisprudence. On ne pouvait transiger sur un legs d'aliments, qu'autant qu'il s'agissait d'aliments échus ; et quant aux aliments futurs, la transaction n'était valable qu'autant que le magistrat intervenait, à moins qu'elle ne fût favorable à l'alimentaire (4).

Ces distinctions ne sont pas applicables sous le Code. Les aliments dus, non pas *jure sanguinis*, mais en vertu d'un testament peuvent faire l'objet d'une cession (5) ; dès lors ils peuvent être compris aussi dans une transaction (6). C'est ce que nous avons démontré dans notre *Commentaire des transactions* (7), en établissant que les art. 581 et 1004 du Code de procédure civile ne prouvent point qu'il soit dé-

(1) Voët, *De alim. leg.*; n° 4. Merlin, Répert., vo *Aliments*, art. 11, p. 208.

(2) *De usuf. accrescendo*, n° 3.

(3) *Infra*, n° 2189.

(4) Gordianus, l. 8, C., *De transact.* Ulpien, l. 8, D., *De transact.*

(5) Cassat., 31 mai 1826 (Devill., 8, 1, 351).

(6) Art. 2045 du C. Nap.

(7) N° 97.

fendu aux parties de transiger volontairement sur les legs d'aliments.

1902. Occupons-nous maintenant, avec la dernière disposition de notre article, des fruits et des intérêts de la rente viagère et de la pension.

Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour constant que, dans les legs de revenus annuels, ou de pension viagère, les fruits étaient dus à compter du jour du décès ; car, disait-on, dans ce cas, les fruits et intérêts composent toute la chose léguée. Il faut donc décider qu'ils doivent être acquittés à compter de l'échéance du legs. Sans cela, ce serait violer le principe qui fait remonter la propriété du légataire à l'époque où le legs vient à échoir (1).

Cette doctrine ne peut plus être suivie sous le Code. Les fruits et intérêts des rentes viagères, ou des pensions, ne courent que lorsque les choses ont été léguées à titre d'aliments.

Dans tous les autres cas, ils ne sont acquis que du jour de la demande en délivrance.

1903. Terminons ce que nous avons à dire des legs d'aliments, en ajoutant que les aliments sont censés dus au légataire pour toute sa vie, à moins de dispositions contraires (2).

1904. Parlons maintenant du legs d'usufruit qui offre avec les legs annuels et les legs d'aliments de nombreuses analogies.

Une des plus remarquables et qui établit le principal trait d'union entre ce legs et ceux dont s'occupe notre article, c'est que, comme eux, il consiste dans des fruits qui en sont l'élément essentiel.

(1) Favre, C., l. 6, t. XXVI, *défin.* 1. Merlin, Répert., vo *Legs*, sect. 4, § 3, nº 30.

(2) Ulpien, l. 14, D., *De alim. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 413, nº 9.

Il n'est pas toujours facile de distinguer si la disposition contient un legs d'usufruit ou un legs de propriété : c'est pourquoi il est nécessaire de présenter quelques observations pour arriver à en faire la distinction.

Il est inutile de dire au surplus qu'ici, comme dans toute cette matière, il faut s'attacher à rechercher la volonté du testateur.

1905. Les jurisconsultes romains pensaient que, lorsque le testateur avait dit : « Je lègue à Titius le fonds Sempronien, et j'en donne l'usufruit à Mœvius, » on devait considérer Titius et Mœvius comme appelés concurremment à l'usufruit. Ils en donnaient pour raison que le mot « fonds » comprenait la propriété et la jouissance (1).

Mais Voët (2) traite ce raisonnement de subtilité trop scrupuleuse, et il veut qu'on rejette une pareille interprétation. Il est clair qu'aujourd'hui cette opinion doit être suivie ; s'il est vrai, d'un côté, que dans l'énergie de la langue latine, dont quelques nuances ont dû nous échapper, le mot *fundus* ait pu être interprété dans le sens que lui donnent les jurisconsultes romains, il n'en est pas moins vrai, d'un autre côté, qu'il a chez nous un sens moins large lorsqu'il est joint à une disposition qui a pour objet spécial l'usufruit. Un tel legs ne donnerait donc à Titius que la propriété; Mœvius en aurait l'usufruit.

1906. On demande comment on doit qualifier la disposition suivante :

« Je donne l'usufruit de mes biens à Titius, et je veux » qu'après ma mort il le rende à Sempronius. »

Tous les jurisconsultes anciens s'accordent à dire que

(1) Julianus. l. 6, D., *De usuf. earum rerum quæ usu consumuntur.* Julianus, l. 4, D., *De usuf. accrescendo.* Modestinus, l. 19, D., *De usu et usuf.*

(2) Voët, *Ad Pand.*, *De usufruct.*, n°s 9 et 15.

c'est par abus que le testateur s'est servi du mot usufruit; car il ne pouvait être d'une ignorance assez supine pour ne pas savoir que l'usufruit s'éteint par la mort. Les auteurs estiment donc que pareille disposition contient le legs de la propriété *cum onere fideicommissi* (1).

Mais cette interprétation est inexacte aujourd'hui.

Les substitutions fidéicommissaires sont proscrites par notre législation; d'où il suit qu'en se tenant au sens que les auteurs donnent à la clause en question, la disposition devrait être annulée comme entachée de substitution. Or, pour ne pas prêter au testateur une inexactitude qui peut lui échapper quelquefois par suite de l'ignorance des lois, si fréquente chez beaucoup de citoyens, on détruirait une disposition qui, autrement interprétée, pourrait produire son effet. Que deviendrait la maxime, *ut magis valeat quam pereat dispositio* (2)? Le testateur a donné l'usufruit; attachons-nous à ce mot qui sauve tout, et ne nous écartons pas de sa signification naturelle. A la vérité, il a fait une chose qu'il ne pouvait pas faire en chargeant l'usufruitier de rendre cet usufruit à un tiers, ou, si l'on veut, de rendre à un autre des biens dont il n'avait pas la propriété. Mais cette charge doit être seulement considérée comme non écrite, et la disposition principale doit subsister. On peut même, suivant le cas, considérer la disposition ci-dessus comme contenant le don de l'usufruit à Titius, et celui de la propriété à Sempronius, et cette seconde interprétation ne répugne nullement à la lettre, et la met d'accord avec la loi.

(1) Menochius, *De præsumpt.*, l. 4, pr. 133, n° 7. Voët, *Ad Pand.*, *De usuf.*, n° 9. Scœvola, l. 15, D., *De aur.*, *arg. legat.* Scœvola, l. 39, D., *De usu et usuf.*

(2) Voy. les expplications données ci-dessus, n° 118, sur l'utilité de cette règle pour sauver des dispositions critiquées à titre de substitution.

1907. Voët examine (1) la question de savoir si le legs d'usufruit avec défense d'aliéner est plutôt un legs d'usufruit qu'un legs de la propriété. Car, dit-il, la prohibition d'aliéner ne peut tomber que sur le propriétaire; c'est une restriction du domaine imposée au légataire. Or, *privatio præsupponit habitum;* la privation suppose l'avoir, et l'on ne peut diminuer le droit de quelqu'un que lorsque ce quelqu'un a un droit réel.

Si le Code n'avait pas prononcé l'abolition des substitutions, on devrait adopter sans difficulté ce sentiment de Voët; car il tend à expliquer, par la pensée d'une substitution, une disposition qui, prise à la lettre, a quelque chose de perplexe.

Mais nous pensons que l'abolition des substitutions et l'inconvénient de faire crouler la dernière volonté du testateur, conduisent l'esprit à un résultat différent. Nous avons dit ci-dessus (2) que, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, il faut faire prévaloir l'interprétation qui écarte le fidéicommis prohibé. C'est le cas d'appliquer cette règle; et nous sommes de l'avis de Fachinée (3) qui pense que la prohibition d'aliéner est ici une clause inutile, ajoutée à une disposition qui la sous-entend, et exprimée surabondamment par le testateur : « *Cautela abundante.* » En effet, il est de règle que l'usufruitier ne peut aliéner.

1908. Voët se fait ensuite une autre difficulté. Il demande ce que serait une disposition dans laquelle le testateur aurait légué l'usufruit avec pouvoir d'aliéner, et pour parvenir à la qualifier, il distingue si le pouvoir d'aliéner a été donné d'une manière générale et absolue, ou s'il a été donné *arbitratu boni viri* pour suffire à des besoins urgents. Dans

(1) Voët, *De usuf et quemad.*, n° 10.
(2) *Supra*, n° 117.
(3) *Controv.*, l. 5, cap. 43 et 44

le premier cas, il veut que la disposition ne soit autre chose qu'un fidéicommis *de eo quod supererit*. Car, dit-il, il est certain que le droit d'usufruit n'est pas compatible avec la faculté d'aliéner. Il faut donc, pour mettre d'accord ces deux droits, entendre la clause dans le sens d'un fidéicommis, *de eo quod supererit*, où l'on voit le grevé, qui, dans les substitutions, n'est en quelque sorte qu'un usufruitier, avoir le droit d'aliéner.

Dans le second cas, Voët veut qu'il y ait don de l'usufruit pour le tout et don de la propriété pour la portion qu'un homme de bien aliénerait pour suffire à ses besoins urgents (1). Notre auteur appuie son sentiment sur celui de Menochius (2) et de beaucoup d'autres jurisconsultes (3). Mais, doit-il être adopté par la jurisprudence actuelle? Nous y voyons de graves objections; ce n'est pas que, s'il résultait clairement du testament que le don d'usufruit est accompagné de la faculté d'aliéner, *arbitratu boni viri*, pour satisfaire seulement à des besoins urgents, nous ne pensions que la décision de Voët ne dût pas faire autorité; cette décision est, pour ce cas, à l'abri de toute critique. Mais, quant au don d'usufruit avec la permission d'aliéner, il ne pourrait être facilement converti en fidéicommis *de eo quod supererit*, quoique ce genre de fidéicommis ne soit pas proscrit par le Code Napoléon (4). Nous donnons cependant aux conjectures beaucoup moins d'étendue que les interprètes qui ont écrit dans un système de législation qui favorisait outre mesure les substitutions. Or, que de présomptions n'a-t-il pas fallu accumuler les unes sur les autres pour voir un fidéi-

(1) Voët, *De usuf. et quem.*, n° 11.

(2) Menochius, *De præsumpt.*, lib. 4, pr. 133, n°s 4 *et seq.*

(3) Neostadius, *Curiæ holl.*, *decis.* 20. Pinellus, *ad* l. 1, C., *De bonis mut.*, p. 3, n° 43. Jacob, *Comm.*, *cons*, 15, n°s 5 *et seq.* Carpzovius, *Def. for.*, p. 3, *co.* 13, *défin.* 11. Castillo Sotomayor, *De usuf.*, cap. 30, etc., etc.

(4) *Supra*, n° 130.

commis *de eo quod supererit* dans la clause dont nous parlons!! Et d'ailleurs à qui rendrait-on les biens qui resteraient? Quel serait l'appelé? La disposition n'en dit pas un mot. Il faudrait encore torturer la volonté du testateur pour résoudre cette nouvelle difficulté. Il nous semble beaucoup plus simple de voir dans la clause que nous analysons, un don de la propriété résultant de la combinaison des paroles dont s'est servi le testateur. Le don de l'usufruit se trouve corrigé et expliqué par la clause qui suit et qui, en conférant le droit d'aliéner, ajoute aux expressions impropres qui précèdent; et s'il faut nécessairement interpréter la disposition de manière à y voir l'usufruit réuni à la propriété, pourquoi ne ferait-on pas cette réunion d'une manière absolue, au lieu de la limiter arbitrairement aux choses qui viendraient à être aliénées?

1909. *Quid* si le testateur commence par laisser ses biens en général, et qu'il ajoute la prohibition d'aliéner, ou la clause de les posséder pendant sa vie (*quamdiu legatarius vixit*), ou autre semblable?

Voët (1) dit que c'est là un fidéicommis; mais cette décision, bonne sous une législation qui était favorable aux substitutions, ne doit plus être admise aujourd'hui; nous en avons donné la raison ci-dessus (2). Plutôt que de faire périr la disposition en y voyant une substitution, il faut la faire valoir en y voyant un don d'usufruit (3).

1910. Il nous paraît inutile de poser d'autres exemples. Ceux qui sont curieux de pousser plus loin leurs investigations pourront en trouver de plus nombreux dans les *Pandectes* de Pothier (4).

(1) *Loc. cit.* n° 11.
(2) *Supra*, n° 117.
(3) *Supra*, n°s 129 et 186.
(4) T. II, p. 380, n° 1.

1911. Nous disions au n° 1904 que le legs d'usufruit ressemble aux legs de rente viagère et aux legs annuels, en ce que, comme ceux-ci, il a pour principal objet un émolument qui consiste dans des fruits. Il est un autre point de ressemblance, c'est qu'il s'éteint par la mort du gratifié comme les legs annuels.

Il en diffère en ce que le legs annuel comprend plusieurs legs, tandis que le legs d'usufruit n'en contient qu'un seul dont l'échéance n'a, par conséquent, lieu qu'une fois.

On peut léguer l'usufruit de tous les biens, ou l'usufruit d'une quote des biens, ou seulement l'usufruit d'un corps certain.

Mais le legs d'usufruit universel a cela de remarquable, ainsi que nous l'avons établi (1), qu'il ne constitue jamais un legs universel; il est et ne peut être qu'un legs à titre universel.

Nous avons vu aussi (2) comment l'usufruitier contribue aux dettes, d'après l'article 612. Il est inutile de revenir sur ce point.

Quant à l'usufruitier à titre particulier, il n'est tenu des dettes en aucune manière (3), et s'il paye la dette hypothécaire, il a son recours contre le propriétaire (4).

1912. Les analogies que nous venons de signaler nous conduisent à décider que le légataire de l'usufruit n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance, et que l'on doit lui appliquer, par une extension dont tout indique la nécessité, la règle posée par l'article 1015. Il serait impossible de concevoir que le légataire d'une rente viagère, qui ne présente pas un caractère alimentaire, fût

(1) *Supra*, n° 1848.
(2) *Supra*, n° 1860.
(3) L. *ult.*, D., *De usu et usuf.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 381. n° 9.
(4) Art 611 du C. Nap.

obligé de faire une demande en délivrance pour faire courir les fruits, et que le légataire d'un usufruit eût droit à ces fruits du jour du décès *ipso jure* et sans aucune demande.

La combinaison de l'art. 1015, § 2, avec l'art. 1014, nous paraît écarter tous les doutes; elle nous montre d'une part le principe général, et de l'autre son application à un cas particulier qui a les plus grandes ressemblances avec celui dont nous nous occupons.

Pour soustraire le legs de l'usufruit au droit commun, on argumente de l'article 604 qui porte que les fruits sont dus à l'usufruitier du moment où l'usufruit a été ouvert. Mais cette disposition n'est pas faite pour modifier l'article 1014; son but unique a été de faire savoir que le retard de l'usufruitier à donner caution ne le prive pas de son droit aux fruits de la chose à partir du moment où s'est ouvert son usufruit. Elle doit se concilier avec les cas où, d'après les textes formels, les fruits ne sont dus à l'usufruitier qu'après l'accomplissement de certaines mesures expressément commandées. Pour bien interpréter les lois, il ne faut pas en isoler les articles; il faut les concilier ensemble et les modifier les uns par les autres (1).

1913. Nous parlerons, sous l'art. 1044, du droit d'accroissement en matière de legs d'usufruit (2).

Voyons maintenant le legs d'usage ou d'habitation.

1914. Le legs d'usage ou d'habitation diffère sous beaucoup de rapports du legs d'usufruit. Par exemple, l'usufruit

(1) Bordeaux, 23 avril 1844 (S. Devill., 44, 2, 491). Delvincourt, t. II, p. 580. M. Duranton, t. IV, p. 520. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 394. Vazeille, n° 2, sur l'art. 1015. Zachariæ, t. II, p. 10, § 227, note 2. Voy. *contra*, Bastia, 3 fév. 1836 (Devill., 36, 2, 247). Merlin, Répert., v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 30. Toullier, t. III, n° 423. Grenier, n° 303 *bis*.

(2) *Infra*, n° 2183 (1014).

a beaucoup plus d'étendue. Il comprend la jouissance de la totalité des fruits, au lieu que le legs d'usage ne comprend que ce qui est nécessaire pour les besoins personnels du légataire (1). L'usufruitier peut vendre ou céder son droit (2); l'usager n'a pas cette faculté (3).

Malgré ces différences, tout ce que nous avons dit des effets des legs d'usufruit s'applique aux legs d'usage et d'habitation. Et l'usager n'aura droit aux fruits que par la mise en demeure résultant de la demande en délivrance.

1915. Quelquefois un legs d'usage a de la ressemblance avec un legs de servitude; pour en faire la différence, il faut se pénétrer des règles qui séparent l'usage de la servitude. Nous les supposons connues (4).

Modestin demande si l'usage d'un cours d'eau, *usus aquæ*, légué dans un testament doit être considéré comme un legs d'usage ou de servitude prédiale. Le jurisconsulte romain se décide pour le premier parti et répond : « *Usus* » *aquæ personalis est, et ideo ad hæredem usuarii transmitti* » *non potest* (5). »

Article 1016.

Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale.

Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire.

(1) Art. 630 du C. Nap.

(2) Art. 595 du C. Nap.

(3) Art. 631 du C. Nap.

(4) Voy. M. Proudhon (*De l'usufruit*, nos 2739 et suiv.), qui a expliqué au long toute cette matière.

(5) L. 21, D., *De usu et usuf.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 382, n° 13.

Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament.

Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause.

SOMMAIRE.

1916. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession.

1917. Mais seulement les frais absolument nécessaires pour la délivrance.

1918. Le légataire pourrait même être condamné aux dépens, s'il élevait à l'occasion de la délivrance une prétention excessive.

1919. *Quid* des frais d'enregistrement et de mutation?

COMMENTAIRE.

1916. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession; c'est une conséquence de ce principe, qu'en général les frais de payement sont à la charge du débiteur (1). Or, les legs étant des charges de la succession, c'est la succession qui en est débitrice, et qui doit, tant que la réserve n'est pas entamée, supporter les frais occasionnés par la demande en délivrance.

Cette disposition tire son origine du droit romain qui nous en donne un exemple remarquable dans la loi 39 au Dig., *De legat.*, 1°, en décidant que la recherche d'un esclave légué qui a pris la fuite après la mort du testateur, doit être faite aux dépens de l'héritier (2). D'autres lois du Digeste consacrent la même solution (3).

(1) Art. 1248 du C. Nap.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 337, n° 322.

(3) Ulpien, l. 44, § 9, D., *De legat.*, 1°. Africanus, l. 108, D., *De legat.*, 1°. Paul, l. 8, D., *De legat.*, 2°.

1917. Toutefois, il faut remarquer avec Ricard (1), que les héritiers ne sont tenus de payer que les frais absolument nécessaires pour la délivrance, et Ricard cite, à ce sujet, un arrêt de la grand'chambre du 17 avril 1584, qui décide qu'un testateur ayant légué la part d'une maison qu'il possédait par indivis, les héritiers n'étaient pas tenus de fournir aux frais de partage que le légataire voulait faire contre les autres copropriétaires.

1918. Bien plus, si le légataire en formant sa demande en délivrance a élevé une prétention excessive, on pourrait le condamner en tous les dépens (2). On en comprend les motifs : c'est que le procès ne porte pas sur la demande en délivrance proprement dite, mais sur une prétention déraisonnable dont la demande en délivrance a été le prétexte.

1919. Il n'en est pas des frais d'enregistrement et de mutation comme des frais de délivrance; ils sont a la charge du légataire.

Du reste, chaque legs peut être enregistré séparément Il résulte de là un avantage évident pour le légataire; car il pourra demander la délivrance de son legs sans faire enregistrer l'entier testament. C'est là une heureuse innovation que M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat (3), signalait en ces termes : « Chaque légataire pourra faire usage du » testament, quoiqu'il n'ait fait enregistrer que son legs. » On ne verra plus un ancien serviteur qui aura reçu un » legs d'aliments, languir dans la misère par l'impossibi- » lité de fournir aux frais d'enregistrement du testament » entier. »

Le légataire n'est pas même tenu de lever une expédition

(1) Part. 2, nº 47.
(2) Cassat. 28 fév. 1826 (Devill., 8, 1, 288).
(3) Fenet, t. XII, p. 610. Locré, t. XI, p. 473, nº 64 *in fine*.

du testament; il peut obtenir séparément un extrait du testament pour ce qui le concerne (1).

ARTICLE 1017.

Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.

Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs.

SOMMAIRE.

1920. Renvoi.
1921. De l'effet de l'action personnelle à laquelle sont soumis les débiteurs d'un legs.
1922. Cas dans lesquels les héritiers sont tenus personnellement *in solidum*.
1923. Suite.
1924. Lorsque, par l'effet du partage, un corps certain ayant fait l'objet d'un legs, tombe au lot de l'un des héritiers, les autres ne sont pas libérés vis-à-vis du légataire.
1925. *Quid* lorsque la chose léguée a péri par le fait ou la faute de l'un des héritiers?
1926. Le légataire peut arriver en outre à exercer l'action en revendication.
1927. De l'action hypothécaire accordée au légataire.
1928. Motif qui a fait introduire cette action.
1929. Droit de demander la séparation des patrimoines.

COMMENTAIRE.

1920. Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit (2) sur les actions des légataires pour obtenir le payement de

(1) Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, *Discuss. au conseil d'État* (Fenet, t. XII, p. 397. Locré, t. XI, p. 256).

(2) Nos 1793 et suiv.

leurs legs. Nous y renvoyons, en nous bornant à dire ici que les actions accordées aux légataires sont au nombre de trois, à savoir l'action personnelle, l'action réelle et l'action hypothécaire. Ajoutons que, indépendamment de l'hypothèque légale sur les biens de la succession, les légataires ont encore un autre droit, celui de demander la séparation des patrimoines contre les créanciers personnels de l'héritier.

1921. Par l'effet de l'action personnelle, les débiteurs d'un legs particulier sont tenus de l'acquitter pour leur part et portion. Notre article n'est en cela que l'écho de la loi 33 au Dig., *De legatis*, 2°, ainsi conçue : « *Legatorum petitio* » *adversus hæredes pro partibus hæreditariis competit; nec* » *pro his qui solvendo non sunt, onerari cohæredes oportet* (1). »

1922. Quoique la règle générale soit que les héritiers ne sont tenus personnellement du payement d'un legs que pour leur part et portion, il y a cependant des cas où ils sont tenus personnellement *in solidum*, par exemple lorsque la chose léguée ne reçoit pas de division.

Ainsi, un testateur charge ses deux héritiers de donner un droit de passage à Titius. Comme un droit de passage est une chose indivisible qui ne reçoit pas de parties, chaque héritier pourra être actionné *in solidum*, de manière que si l'un des deux est insolvable, l'autre sera néanmoins tenu pour le tout (2).

1923. L'action personnelle cesse encore d'être divisible, lorsque, ainsi que nous l'avons vu (3), le testateur, au lieu de grever la succession tout entière du payement du legs, a exprimé sa volonté que l'un des héritiers ou légataires fût

(1) Modestinus, l. 33, D., *De legatis*, 2° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 333, n° 307. Voët, *De legatis*, n° 46.

(2) Paul, l. *ultim.*, D., *De servit. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 310. Pothier, *Obligations*, part. 2, ch. 4, sect. 2, art. 3, § 3, n° 331.

(3) Nos 1865 et suiv.

chargé d'acquitter le legs à lui seul, soit en le déclarant expressément, soit en léguant un corps certain compris dans le lot attribué à l'héritier ou légataire d'une espèce de biens. L'héritier ou légataire qui dans ce cas est tenu d'acquitter le legs, ne peut avoir de recours contre ses cohéritiers ou colégataires (1).

1924. Mais s'il arrive que ce soit, non plus par la volonté du testateur, mais par l'effet du partage entre les héritiers, que ce corps certain ait été compris dans un lot échu à l'un d'eux, les autres ne seront pas pour cela déchargés du payement, quand même ils auraient imposé à celui d'entre eux au lot duquel ce corps certain est échu, l'obligation d'acquitter le legs; car ayant été tenus une fois de cette dette, ils n'ont pu, par leur fait, se libérer de leur obligation (2).

Toutefois, même dans ce cas, celui dans le lot duquel le corps certain est tombé, peut être poursuivi pour le payement du total et condamné au payement du total (3). La raison que rend Dumoulin de cette décision est que, quoique l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du disposant, néanmoins, comme l'exécution du jugement de condamnation, qui est la conséquence de cette action, est *in rem scripta*, elle peut, sauf le recours de celui-ci contre ses cohéritiers, se faire pour le total sur celui d'entre eux qui, par le partage, en est devenu seul possesseur, « *quia quamvis actio sit mere personalis, tamen executio* » *judicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire vim* » *futuri judicii, nec executionem in rem, et in ejus possesso-* » *rem, salvo contra hæredes recursu* (4). »

1925. Quoique la chose léguée soit une chose divisible

(1) Pothier, *loc. cit.*, art. 2, § 2, n° 302.
(2) Pothier, *loc. cit.*, n° 302.
(3) Art. 1221 du C. Nap.
(4) Pothier, *loc. cit.*, n° 302. Dumoulin, *De divid et indiv.*, p. 2, n° 84.

et que les héritiers doivent concourir au payement de cette chose pour leur part et portion, néanmoins ce principe doit être modifié lorsque la chose léguée a péri par le fait ou par la faute d'un des héritiers. La raison en est, d'après Dumoulin, que l'obligation principale est divisible à la vérité, mais que l'obligation accessoire *præstandi bonam fidem* qui est jointe, est indivisible. Chacun des héritiers est tenu à cet égard *in solidum, nec enim pro parte diligentia præstari potest :* d'où il suit que celui des héritiers qui y a manqué, est tenu pour le total.

A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute à la perte de la chose léguée, ils sont libérés ; la perte de la chose léguée anéantit le legs lorsqu'elle a lieu *citra culpam* (1). L'héritier n'est pas tenu des faits de son cohéritier (2). La faute de ce dernier est pour lui comme une force majeure qui ne l'oblige pas (3).

1926. Indépendamment de l'action personnelle, le légataire peut avoir encore une action réelle en revendication : c'est lorsque le legs porte sur un corps certain et déterminé, et qu'il confère ainsi au légataire la propriété ou un démembrement de la propriété. Nous avons vu (4) que rien n'empêcherait le légataire d'intenter, contre l'héritier et un tiers détenteur, l'action de vendication pour un corps certain faisant partie du legs, dont l'héritier refuserait de faire la délivrance et qui serait possédé par un tiers.

1927. Quant à l'action hypothécaire, on sait que les biens du testateur sont affectés au payement des legs par une

(1) C. Nap., art. 1042.

(2) Paul, l. 9, D., *Depositi vel contra*, Julianus, l. 10, D., *Depositi vel contra*.

(3) Pothier, *Oblig.*, *loc. cit.*, nos 305 et 306.

(4) No 1794, *Junge* cass. 4 av. 1837, Devill., 37, 1, 845. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 2, § 1.

hypothèque légale qui les grève; et quoique l'obligation de payer les legs se divise entre les héritiers, néanmoins ils peuvent être poursuivis pour le total de la dette comme possesseurs des biens qui y sont hypothéqués (1).

Ceci ne veut pas dire que, par cela seul que l'hypothèque légale dont il est question affecte tous les biens de la succession, on puisse condamner solidairement les héritiers au payement du legs.

Il y a une grande différence entre la condamnation solidaire et la condamnation hypothécaire.

Celle-ci est toujours subordonnée à l'alternative « si » mieux n'aime délaisser le fonds grevé d'hypothèque (2). »

L'autre, au contraire, est pure et simple (3).

1928. Nous avons dit quel est le motif qui a fait introduire cette hypothèque. Ce n'est pas pour donner aux légataires une préférence sur les créanciers du défunt (4). Car, dit Voët (5), *nec legata præstanda esse nisi postquam dimissi fuerint defuncti creditores;* mais c'est seulement pour mettre les légataires à même d'acquérir un droit de préférence sur les créanciers de l'héritier et assurer par là le payement des legs et la volonté du défunt : c'est aussi pour établir un droit de suite sur les biens affectés au payement des legs.

1929. Du reste, bien que cette hypothèque soit une hypothèque légale, elle n'est pas dispensée de l'inscription (6).

(1) Nos 1793 et suiv. Mon *Comm. des hypothèques.*, t. II, n° 390.

(2) Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 6, n° 14, p. 796, col. 2. Voy. mon *Comm. sur les priv. et hypoth.*, nos 390 et 811. Cassat., 7 novembre 1810 (Devill., 3, 1, 257).

(3) *Supra*, no 1793, note *in fine*.

(4) *Infra*, art. 1024, no 1985.

(5) *Ad Pand.*, l. 20, t. II, n° 27.

(6) Mon *Comm. des priviléges et hypothèques*, t. II, n° 432 *ter*.

Mais les légataires n'ont pas seulement une hypothèque légale sur les biens de la succession; ils ont encore un droit particulier dont le but est d'écarter les créanciers personnels de l'héritier, droit tout à fait distinct du droit d'hypothèque et improprement qualifié de privilége (1). C'est le droit qui leur est accordé de demander la séparation des patrimoines (V. l'art. 878 et l'art. 2111 du Code Napoléon). Par l'effet de cette demande, les créanciers personnels de l'héritier ne peuvent plus prendre rang avec les légataires sur les biens de la succession.

Cette double garantie donnée aux légataires est une preuve de la prévoyance qui a dirigé le législateur afin d'assurer de plus en plus les dernières volontés des mourants.

Nous n'entrerons, à ce sujet, dans aucun détail : il nous suffit de renvoyer aux art. 878 et 2111 du Code Napoléon et à notre *Commentaire des hypothèques*, où les questions qui naissent de ce droit des légataires ont été examinées et résolues.

Article 1018.

La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur.

SOMMAIRE.

1930. Division de cet article.
1931. La chose léguée doit être livrée avec ses accessoires.
1932. C'est la volonté du testateur qu'il faut suivre quand il y a doute sur le point de savoir si une chose est ou non l'accessoire d'une autre.

(1) Mon *Comm. des priviléges et hypothèques*, t. I, no 323. *Junge*, M. Paul Pont, *Priv. et hyp.*, n° 299.

1933. Renvoi quant à l'étendue d'un legs de meubles.
1934. C'est dans l'état où elle se trouve au jour du décès que la chose léguée doit être livrée.—Conséquence quant aux détériorations.
1935. *Quid* dans le cas du legs d'un troupeau?

COMMENTAIRE.

1930. Cet article pose deux règles : la première, c'est que la chose léguée doit être délivrée avec les accessoires nécessaires qui y sont annexés au moment du décès du testateur; la deuxième, c'est qu'elle doit être délivrée dans l'état de bonne conservation ou de détérioration où elle se trouve au jour du décès du testateur.

1931. La chose léguée peut être comparée à la chose vendue : comme celle-ci, elle doit être livrée avec ses accessoires (1); et par accessoires, il faut entendre tout ce qui s'unit naturellement ou artificiellement à la chose (2), tout ce qui la suit et y adhère, de manière à ne faire avec elle qu'un tout. Sur ce point, on trouvera dans notre *Commentaire de la vente* des détails dont on pourra s'aider ici (3).

Le droit romain offre également des textes nombreux qui attestent le soin avec lequel les jurisconsultes éclairaient leurs théories par une pratique attentive (4).

(1) Art. 536 du C. Nap.
(2) Art. 546 du C. Nap.
(3) N° 323.
(4) Ainsi la loi 2, § 2, au Dig., *Si servitus vindicetur*, cite l'exemple suivant : « *Si medii loci ususfructus legatur, iter quoque sequi.* » (Ulpien, l. 17 *ad Edictum.*)

Junge Instit., *De legatis*, § 19. Ulpien, l. 52, § *ultim.*, D., *De legat.*, 3°. Javolenus, l. 100, § 3, D., *De legat.* 3°. Scœvola, l. 102, § 3, D., *De legat.*, 3°. Marcellus, l. 15, § 1, D., *De usu et usuf. leg.* Ulpien, l. 44 § *ultim.*, D., *De legat.*, 1°. Proculus, l. 15, D., *De tritico. vin. vel. ol. legat. Vide etiam.* D., tit., *De inst. vel inst. legato.* Consulter les *Pandectes* de Pothier, t. II, p. 338, n°s 329 *legatis.* Mantica, *De conject. ult. volunt.*, l. 9, t. II. Voët, *De legatis*, n°s 48 et suiv., et *De action. empti et venditi*, n°s 4 et suiv. Ricard, part. 2, n°s 124 et suiv.

On voit que c'est le moment du décès que l'on doit considérer pour fixer l'importance de la chose. Peu importe que ce soit par des accessions postérieures au testament que le testateur ait augmenté la valeur de l'objet légué; car l'accessoire suit le principal et ne doit pas être d'une autre condition. Les adjonctions faites à la chose léguée depuis le testament, ne doivent rester étrangères au légataire que lorsqu'elles ont une existence par elles-mêmes, et qu'elles peuvent subsister séparément et sans l'objet légué (1).

1932. Malgré les dispositions du Code Napoléon sur le droit d'accession, il peut cependant y avoir doute, dans quelques cas, pour reconnaître si une chose doit suivre comme accessoire l'objet principal; il faut rechercher alors, dans la volonté du testateur, quelle est l'étendue qu'il a voulu donner à son legs. On interroge sa pensée, on pèse ses expressions, et l'on consulte les usages des lieux, s'il y en a (2).

1933. Nous avons déjà fait l'application de ces principes, en examinant quelle est l'étendue qu'il faut donner à un legs de meubles (3), selon les clauses et les termes dont s'est servi le testateur. On a vu que, quelles que soient les règles contenues dans les articles 533 et suivants, elles doivent fléchir toutes les fois que l'intention du testateur paraît contraire.

1934. Arrivons au second point décidé par notre article. De ce que la chose léguée doit être livrée dans l'état où elle se trouve au temps du décès du testateur, il s'ensuit que les

(1) Art. 1019. *Infra*, nº 1936.

(2) Marcellus, l. 69, § 1, *D.*, *De legat.*, 3, Paul, l. 18, § 3, D., *De inst. vel inst. leg.* Domat, *Lois civiles*, l. 4, t. II, sect. 4, nº 3. Voy. un arrêt de la cour de Paris, du 12 avril 1833 (Devill., 33, 2, 306), qui décide que le legs d'un fonds de commerce a pu comprendre les droits, créances et recouvrements en dépendant.

(3) Nos 1850 et suiv.

détériorations qui l'ont frappée à cette époque doivent être supportées par le légataire.

Mais si, postérieurement à l'ouverture de la succession, la chose léguée éprouve des détériorations, il y aura lieu alors de distinguer.

Un premier cas se présente, c'est lorsque la détérioration est arrivée par suite d'une force majeure. C'est tant pis, alors, pour le légataire : *Res perit domino* (1).

Un deuxième cas a lieu lorsque, l'héritier étant mis en demeure, la chose a été détériorée, même par force majeure. Alors, si cette détérioration ne fût pas arrivée de la même manière entre les mains du légataire, l'héritier en est responsable. C'est le cas d'appliquer la maxime : *rem post moram factam perire moratori*. Mais si l'événement fortuit fût arrivé entre les mains du légataire comme entre les mains de l'héritier, alors ce dernier, quoique mis en demeure, n'est pas tenu de la force majeure (2).

Enfin, un troisième cas peut encore avoir lieu, c'est lorsqu'avant la demande en délivrance, la chose léguée a été détériorée par la faute de l'héritier qui en était détenteur.

Nous ne répéterons pas, à ce sujet, tout ce que nous avons dit sur la théorie des fautes et sur le système du Code : nous nous bornerons à renvoyer sur ce point, à nos précédents *Commentaires de la vente* (3) et *du louage* (4). Il en est de l'héritier comme du vendeur et du preneur, c'est-à-dire qu'il est tenu de tous les soins d'un bon père de famille dans la conservation de la chose.

(1) Voy., sur la force majeure, ce que nous avons écrit dans notre *Comment. du louage*, nos 204 et suiv. et dans notre *Comment. de la vente*, nos 360 et suiv.

(2) Voy. *Comment. de la vente*, no 403.

(3) Nos 361 et suiv.

(4) No 345.

Parmi les causes de perte de la chose léguée, il y en a deux que nous devons signaler ici : l'incendie et le vol.

La question de savoir dans quel cas l'héritier en est responsable, se trouve résolue par les observations que nous avons développées dans nos *Commentaires de la vente* (1) et *du louage* (2).

1935. Une autre conséquence de la règle posée par notre article, que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès, c'est que, pour déterminer l'importance du legs, il faut considérer le temps du décès et non celui du testament : par exemple, le legs d'un troupeau comprend les animaux qui font partie de ce troupeau au temps du décès, quand bien même il aurait été augmenté par des acquisitions, ou diminué par des pertes postérieurement au testament (3).

Article 1019.

Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

Il en sera autrement des embellissements, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte.

(1) N° 402.

(2) N° 222.

(3) Ulpien, l. 21, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 335 et 336 n° 316.

SOMMAIRE.

1936. Des augmentations qui ne sont pas considérées comme accessoires de la chose léguée.
1937. Principe posé par le Code lorsque le testateur augmente par des acquisitions l'immeuble légué.
1938. Du cas où le testateur a légué tous ses biens immeubles situés dans telle ville.
1939. Un tel legs doit se restreindre aux choses possédées au temps du testament.
1940. Il en est différemment des embellissements ou des constructions sur le fonds légué.
1941. *Quid* de l'augmentation d'enceinte d'un enclos?

COMMENTAIRE.

1936. Cet article qui, à vrai dire, ne concerne qu'un cas particulier, est fondé sur une règle générale, à savoir que le legs ne comprend que les accessoires nécessaires qui existent au temps du décès (1), mais qu'il ne comprend pas les annexes qui peuvent subsister indépendamment de la chose léguée (2).

Pour bien comprendre cette règle, il faut se rappeler que si la chose léguée doit être délivrée au légataire dans l'état où elle se trouve au temps du décès, même avec les augmentations qui ont pu survenir depuis l'époque du testament et qui font partie intégrante de la chose, il en est autrement quand les choses ajoutées par le testateur à la chose léguée depuis le testament, ne font pas partie intégrante de cette chose et subsistent par elles-mêmes. Dans ce dernier cas, ces annexes restent en dehors du legs ; elles ne sont pas censées avoir été comprises par le testateur dans une disposition faite avant ce nouvel arrangement; car les paroles *per*

(1) Art. 1018 du C. Nap.
(2) *Supra*, nos 1931 et suiv.

præsens tempus, dont s'est servi le testateur, ne s'étendent pas au futur (1) et n'embrassent que le présent.

Cette distinction concilie beaucoup de lois du Digeste qui, au premier coup d'œil, paraissent opposées entre elles, et qui ont embarrassé les interprètes (2). Elle est très-simple, comme on le voit, et il ne peut y avoir d'embarras que sur la question de savoir si l'augmentation survenue depuis le testament est ou non un véritable accessoire (3).

1937. A cet égard, le Code s'est occupé d'un cas qui n'était pas sans difficulté, c'est celui où le testateur a augmenté par des acquisitions l'immeuble légué.

Dans l'ancienne jurisprudence, on faisait dépendre la décision de ce point de l'appréciation des circonstances (4), et surtout des inductions qui pouvaient résulter de la manière dont le testateur avait possédé la chose depuis son testament. Si, par exemple, le testateur (5) avait possédé séparément la chose nouvellement acquise, le légataire du fonds ne pouvait pas y prétendre. Mais s'il l'avait ajoutée à l'immeuble et possédée comme une de ses dépendances, on décidait que c'était là une annexe qui devait profiter au légataire, à peu près comme un atterrissement ou une alluvion.

(1) Scœvola, l. 33, § 1, D., *De legat.*, 3°. Scœvola, l. 28, § 2, D., *De liber. legat.* Paul, l. 7, D., *De auro.*

(2) Pomponius, l. 24, § 2, D., *De legat.*, 1°. Javolenus, l. 10, D., *De legat.*, 2°. Scœvola, l. 28, § 6, D., *De lib. legat.* Scœvola, l. 31, § 4, D., *De lib. legat.* Celsus, l. 20, D., *De legat.*, 2°. Javolenus, l. 39, D., *De legat.*, 2°. Merlin, Répert., v° *Legs*, sect. 4, § 3, n° 16, p. 334.

(3) N°s 1932 et suiv.

(4) Arrêt d'Aix du 21 oct. 1570 (Duperrier). — Merlin, Répert., v° *Legs*, p. 334.

(5) Pomponius, l. 24, § 2, D., *De legat.*, 1°. Javolenus, l. 10, D., *De legat.*, 2°. — (Duperrier), arrêt du parlement de Provence, du 22 mars 1580. — (Brillon), arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1709. Voy. Merlin, Répert., v° *Legs*, p. 334.

Le Code a voulu prévenir tous les embarras en décidant que lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. Ces acquisitions ont, en effet, comme immeubles, une existence indépendante de la chose léguée. Il faut une disposition spéciale pour qu'on puisse les regarder comme faisant partie du legs.

1938. Cette règle de notre article a même été appliquée par la jurisprudence dans un cas où le testateur avait légué tous ses biens immeubles situés dans telle ville.

Bazerque avait légué à sa fille de service les immeubles situés dans la ville de Tarbes, en se servant de cette formule : « les immeubles que je possède dans la ville de Tarbes. » A l'époque de la confection du testament, Bazerque ne possédait à Tarbes qu'une moitié de maison; plus tard il s'est rendu acquéreur de l'autre moitié. Après son décès, sa légataire ayant soutenu qu'elle avait droit à la totalité de la maison, sa prétention a été repoussée par arrêt de la cour de Pau, du 26 juin 1824 (1). La cour a considéré que le legs à elle fait par le testateur n'était qu'un legs particulier (2), et que, d'après les expressions dont s'était servi le testateur (3) (expressions que l'arrêt fortifiait par le rapprochement d'autres clauses du testament), Bazerque n'avait voulu léguer d'une manière précise que ce dont il était en possession au moment où il testait. Enfin, la cour appuie sa décision en droit sur ce que, d'après notre article, la chose acquise depuis le testament et ajoutée à l'im-

(1) Devill., 7, 2, 391.

(2) *Supra*, n° 1849.

(3) *Supra*, n° 1936. Voy. les lois citées en note sur le sens des paroles *per præsens tempus*.

meuble légué n'est censée donnée au légataire que lorsque le testateur en a positivement exprimé l'intention.

1939. On remarquera que cet arrêt décide, d'après les circonstances de la cause, que le legs des immeubles situés dans tel lieu ne comprend pas les immeubles achetés dans le même lieu après le testament. On peut aller plus loin et dire qu'en général, et à moins d'une volonté contraire, un tel legs doit se restreindre aux choses possédées au temps du testament (1).

Cette décision découle de la combinaison de notre article avec l'article précédent. D'après notre article, le testateur est censé n'avoir voulu léguer, dans un legs particulier, que ce qu'il possédait au moment du testament, à moins qu'il ne se soit servi de paroles ayant trait au futur (2). D'un autre côté, d'après l'article 1018, ce n'est que lorsqu'il s'agit d'un accessoire nécessaire n'ayant pas d'existence distincte qu'il faut avoir égard à l'état de la chose au moment du décès.

1940. La règle de l'art. 1019 fléchit dans le cas où des embellissements, ou des constructions nouvelles ont été faits sur le fonds légué. Ces choses sont un accessoire qui suit partout le principal, et le legs *plenius restituitur fideicommissario*, pour me servir des expressions de Pomponius (3).

C'est ce que décidait Javolenus dans la loi suivante : « *Si areæ legatæ, post testamentum factum, ædificium imposi-* » *tum est : utrumque debebitur, et solum et superficies* (4). »

Ulpien donne la même solution : « 1° *Si areæ legatæ* » *domus imposita sit : debebitur legatario, nisi testator mu-* » *tavit voluntatem* (5). »

(1) Cassat., 10 juin 1835 (Devill., 1836, 1, 45).

(2) Lois citées *supra*, n° 1734. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 311, n° 93, *De legatis*.

(3) L. 16, D., *De legat.*, 3°.

(4) L. 39, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 336, n° 316.

(5) L. 44, § 4, D., *De legat.*, 1°. *Junge* sur cette même question, quant

On remarquera ces dernières paroles : *Nisi testator mutavit voluntatem;* elles prouvent que ce n'est que par suite d'une volonté certaine, exprimée depuis le testament, que l'effet légal de l'accession et de l'incorporation (art. 552, C. N.) ne doit pas avoir lieu.

Il se peut aussi que du testament même il résulte la preuve que le testateur n'a voulu léguer que le sol nu, sans les constructions qu'il projetait lors de sa disposition dernière : on consultera les clauses du testament (1); mais dans le doute on s'en tiendra aux règles de l'accession et au texte de notre article fortifié par l'art. 552, C. N. (2).

1941. Quand la chose léguée est un enclos et que le testateur en a augmenté l'enceinte, il est clair qu'il a voulu rendre le legs plus considérable ; car un enclos est une chose qui comprend dans une limite précise ce qui s'y trouve renfermé (5).

ARTICLE 1020.

Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.

à l'étendue de l'hypothèque : L. 21, D., *De pign. action.* L. 10, § 1, D., *De pign. et hypoth.* Voy. mon *Comment. des priviléges et hypothèques,* t. II, n° 399.

(1) M. Duranton, t. IX, n° 267.

(2) *Contra,* MM. Vazeille, n° 5, sur l'art. 1019. Poujol, n° 4, sur l'article 1019.

(3) Voy., sur la définition de l'enclos, la loi du 6 oct. 1791, sect. 4, art. 6.

SOMMAIRE.

1942. Division de cet article.
1943. Lorsque la chose léguée se trouve grevée d'une hypothèque, le légataire ne peut forcer l'héritier à dégager la chose.
1944. Il en était différemment en droit romain.
1945. Le légataire doit pareillement supporter l'usufruit qui grève la chose léguée.
1946. Il doit de même supporter la servitude.

COMMENTAIRE.

1942. Notre article s'occupe du cas où la chose léguée a été grevée par le testateur, avant ou après son testament, d'une hypothèque ou d'un usufruit, et il décide que ces charges suivent l'immeuble dans les mains du légataire, d'après la règle que la chose doit être délivrée dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur (1).

Quelques observations sont nécessaires pour faire bien comprendre le véritable sens de cet article et les conséquences qu'il doit avoir par rapport au légataire et à l'héritier tenu de délivrer le legs.

Parlons d'abord de l'hypothèque :

1943. La dette de la succession pour laquelle la chose léguée se trouve hypothéquée, n'est pas une dette personnelle du légataire, ainsi que nous le verrons par l'art. 1024; elle repose sur la tête de l'héritier qui y est personnellement obligé, et c'est celui-ci qui est tenu d'en effectuer le payement. Mais il est possible que l'échéance de cette dette ne soit pas arrivée par l'effet d'un terme plus ou moins long. En ce cas, le légataire n'a pas le droit d'exiger que l'héritier dégage la chose au moment où il la lui délivrera. Il doit supporter la charge de l'hypothèque jusqu'à ce que le droit du créancier se soit ouvert : auquel cas, si ce dernier

(1) Art. 1018 du C. Nap.

agit hypothécairement contre lui, il peut user du bénéfice de l'art. 874 du Code Napoléon, pour obliger l'héritier, débiteur personnel, à prendre son fait et cause, ou bien exercer un recours contre lui dans le cas où il a payé à sa place.

Lors même que la dette est exigible, s'il arrive que le créancier n'agisse pas pour être payé (ce qui peut avoir lieu quelquefois dans le cas d'une liquidation difficile et contestée), le légataire n'est pas fondé à contraindre l'héritier au dégagement de la chose : il doit, dans ce cas, comme dans le précédent, attendre l'action du créancier. Supposons, par exemple, qu'un mari lègue une maison sur laquelle s'étend l'hypothèque légale de sa femme : il vient à mourir et la liquidation se prolonge par suite de débats entre sa veuve et son héritier ; le légataire se montrerait trop impatient et trop difficile s'il voulait que l'héritier libérât sur-le-champ l'immeuble léguée de l'hypothèque de la femme. Il sera temps pour lui d'élever la voix quand il sera pressé par l'action hypothécaire, et il lui suffit d'avoir tous ses droits intacts et réservés par l'art. 874 (1).

Telle est la disposition précise de notre article.

1944. Il n'en était pas de même en droit romain (2).

Les jurisconsultes pensaient que le testateur avait voulu être libéral sans restriction, et que, puisqu'il avait préféré le légataire à l'héritier, il fallait en conclure que le second devait éviter au premier les inquiétudes et les embarras d'une action hypothécaire. Ils décident, en conséquence, que la chose doit être délivrée au légataire libre et purgée.

(1) Art. 1024 du C. Nap. *Infra*, n° 1988.

(2) Paul, *Sententiæ*, l. 3, *tit.* 6. *De legat.*, § 8. Paul, l. 85, D., *De legat.*, 2°. Ulpien, l. 57, D., *De legat.*, 1°. Alexander, l. 6, C., *De fideicomm.* Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 1, § 4. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 312.

Mais c'était peut-être exagérer la volonté du testateur. Notre article n'a pas cru devoir aller aussi loin, et il exige que le testateur explique, par une disposition spéciale, que son intention est que l'héritier dégage la chose ; sinon, le légataire doit supporter comme tiers détenteur la charge de l'hypothèque.

1945. Notre article prévoit un second cas : c'est celui où le testateur, avant ou après le testament, a grevé d'un usufruit la chose léguée. Le légataire doit supporter cet usufruit, qui est une diminution de son legs et une charge réelle qui suit la chose dans ses mains. Le testateur qui aurait pu aliéner la chose et par là anéantir le legs (1), a pu, à plus forte raison, en diminuer l'émolument par l'imposition d'un usufruit, et le légataire n'a aucun recours contre l'héritier pour s'en faire dégrever ou indemniser (2).

Sur ce point, comme sur le précédent, les lois romaines venaient au secours du légataire (3), et elles voulaient que l'héritier rachetât l'usufruit. Mais cette décision, qui faisait beaucoup de doute dans l'ancienne jurisprudence française (4), a été repoussée avec raison par notre article.

D'une part, il n'est pas toujours facile d'opérer le rachat d'un usufruit; d'un autre côté, il est évident que le testateur n'a pas entendu, à moins d'une disposition expresse, que ce rachat serait une obligation imposée à son héritier.

1946. Notre article ne s'occupe pas du cas de servitude. Mais ce qu'il décide de l'usufruit s'applique à *fortiori* à la

(1) Pomponius, l. 24, § 3, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 336, n° 317.

(2) Voy. art. 611 du C. Nap., combiné avec notre article.

(3) Marcellus, l. 26, D., *De legat.*, 2°, Papinien, l. 66, § 6, D., *De legat.* 2°. Papinien, l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, nos 312, 313.

(4) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 3, art. 1, n° 4.

servitude établie sur la chose léguée. Le droit romain (1) et l'ancienne jurisprudence le décidaient ainsi. Les droits de servitude, dit Pothier, n'empêchent pas que le légataire ne soit véritablement introduit *in vacuam rei possessionem* (2).

ARTICLE 1021.

Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

SOMMAIRE.

1947. Du legs de la chose d'autrui en droit romain.
1948. Du legs de la chose d'autrui sous le Code.
1949. Le legs de la chose commune est pour partie legs de la chose d'autrui.
1950. Exception dans le cas prévu par l'art. 1423 du Code Napoléon.
1951. En dehors de cette exception, le testateur est réputé avoir eu l'intention de ne donner que sa part.
1952. Effet du partage sur le legs de la chose commune.
1953. *Quid* lorsque le partage a pour résultat de faire passer la chose dans le lot de l'autre communiste?

COMMENTAIRE.

1947. D'après les dispositions du droit romain, le testateur pouvait léguer non-seulement ce qui lui appartenait, mais encore ce qui appartenait à son héritier ou à toute autre personne (3).

La disposition d'une chose appartenant à l'héritier était

(1) Papinien, l. 66, § 6. et l. 76, § 2, D., *De legat.*, 2°.
(2) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5. sect. 3, art. 1, § 4.
(3) Caïus, *comm.* 2, § 202. Ulpien, *Reg.*, l. 24, § 8, *Instit.*, *De legat.*, § 4.

bonne et efficace, soit que le testateur connût que les biens appartenaient à l'héritier, soit qu'il pensât qu'ils appartenaient à lui testateur (1). L'héritier était alors obligé d'en faire délivrance au légataire.

Le testateur pouvait aussi léguer la chose d'autrui : dans ce cas, l'héritier était obligé d'acheter la chose léguée, s'il le pouvait facilement; sinon, il devait en payer la juste estimation (2).

Mais, pour que le legs de la chose d'autrui fût bon et que l'héritier fût obligé de la racheter ou d'en payer la valeur, il fallait que la chose léguée fût dans le commerce (3).

Il fallait encore que le testateur sût que la chose léguée ne lui appartenait pas, parce qu'alors on voyait qu'il avait voulu charger son héritier d'en payer l'estimation ou de la racheter.

Que si le testateur avait cru que la chose fût sienne, le legs ne valait pas; il était censé avoir été fait par erreur. La loi en donnait cette raison qu'on était bien plus porté à donner sa propre chose, qu'à grever sa succession de l'achat de la chose d'autrui; qu'il fallait, par conséquent, que l'intention contraire résultât clairement de la circonstance que le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas (4).

Toutefois, si le legs de la chose d'autrui était fait *proximæ vel conjunctæ personæ*, le legs valait, quoique le testateur fût dans la croyance que la chose lui appartenait (5). La

(1) Papinien, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 294, n° 216.

(2) Caïus, *comm.* 2, § 202. *Instit.*, *De legat.*, § 4. Celsus, l. 30, § *ultim.*, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 294, n° 126, et p. 360, n° 341.

(3) *Instit.*, *De legat.*, § 4, Ulpien, *Reg.*, l. 24, § 9.

(4) Papinien, l. 67, § 8, D., *De legat.*, 2° Scœvola, l. 36, D., *De usu et usuf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 294, n°s 125 et 126.

(5) Imp. Alexand., l. 10, C., *De legat.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 125.

loi 35, D., *De procurat.*, explique ce qu'on doit entendre par personnes conjointes (1).

On ne pouvait pas léguer au légataire une chose qui lui appartenait, lors de la confection du testament; car *quod meum est, meum amplius fieri non potest.*

Mais si la chose, qui ne lui appartenait pas lors du testament, était devenue sa propriété à la mort du testateur, on distinguait s'il l'avait acquise à titre gratuit ou à titre onéreux. Au premier cas, le legs était inutile; au second cas, le légataire pouvait en demander la valeur, parce qu'il n'était pas censé avoir la chose dont il avait payé la valeur, *quia videtur res ei abesse, cui pretium abest* (2).

1948. Notre Code a suivi d'autres principes. Le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

Par chose d'autrui, on doit entendre sans difficulté la chose de l'héritier (3).

Cependant la disposition de la chose d'autrui serait valable, si elle était faite par forme de charge ou de condition. Par exemple, je donne à Titius l'universalité de mes biens, s'il donne à Sempronius le domaine de Coucy : cette disposition est valable; c'est une charge comme une autre, et l'héritier est censé s'y être soumis (4). Il ne pourrait profiter de la libéralité sans remplir la charge : *non debet circumveniri testantium voluntas* (5).

(1) *Junge* Furgole, ch. 7, sect. 1, n° 51. Menochius, l. 4, *Præsumpt.*, 116, 117, 118. Barbeyrac *sur Puffendorf, Droit de la nature et des gens*, l. 3, ch. 7, § 10, n° 7. Merlin, Répert., v° *Legs*, sect. 3, § 3, p. 312.

(2) *Instit.*, *De legat.*, § 6, Ulpien, l. 24, § 2, *De legat.*, 1°. Papinien, l. 66, § 1, *De legat.*, 2°.

(3) Cassat., rej., 19 mars 1822 (Devill., 7, 1, 41). Bruxelles, 17 oct. 1821 (Merlin, Répert., v° *Legs*. Add., sect. 3, § 3, n° 4).

(4) Turin, 26 août 1806 (Devill., 2, 2, 168). Bastia, 3 fév. 1836 (Devill., 36, 2, 247). Cassat., 29 mars 1837 (Devill., 37, 1, 686).

(5) Ulpien, l. 92, D., *De cond. et demonst.* Furgole, ch. 7, sect. 1, n° 58. Voël, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 26.

1949. La chose commune est chose d'autrui pour partie, tellement que l'associé qui l'enlève commet un acte punissable (1). Il suit de là que le legs d'une telle chose ne vaut que pour la part afférente au testateur ; il est nul pour le surplus. Il faut même remarquer que, dans le droit romain, qui autorisait le legs de la chose d'autrui, on tenait pour constant que le legs de la chose commune n'était censé s'étendre qu'à la part dont le testateur était propriétaire (2).

1950. On trouve une modification à cette règle dans l'art. 1423 du Code Napoléon, qui fait valoir pour le tout le legs d'un effet de la communauté fait par le mari. Bien que ce dernier n'ait qu'une moitié dans la communauté et dans tous les objets qui la composent, la loi veut cependant que la disposition qu'il a faite d'un de ces objets en faveur d'un légataire, subsiste pour le tout. Nous avons donné ailleurs l'explication de ce point de droit (3), qui n'est qu'une dérogation au droit commun. Le mari, bien que partiaire dans la communauté, en est cependant, en différents points, seigneur et maître. On ne peut donc pas dire absolument qu'il a disposé de la chose d'autrui ; il a pu supposer, d'ailleurs, que sa femme renoncerait à la communauté ; enfin, il a pu espérer que, par l'effet du partage, la chose tomberait en totalité dans son lot. En conséquence, l'art. 1423 décide deux choses : la première que si la prévision du mari se réalise, en ce sens que la chose léguée tombe dans son lot par l'effet du partage, cette chose doit être délivrée en tota-

(1) Ulpien, l. 45, D., *De furtis*. Ulpien, l. 45, D., *Pro socio*. Ulpien, l. 51, D., *Pro socio*. Cassat., 3 nov. 1808 (Merlin, Répert., v° *Vol*, sect. 2, § 4, art. 2, n° 4, p. 819.)

(2) Paul, l. 5, §§ 1 et 2, *De legat.*, 1°. Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 28. Vinnius, *Quæst. select.*, 2, 26. Mon *Commentaire sur le contrat de mariage*, n° 912.

(3) Mon *Commentaire sur le contrat de mariage*, n°s 909 et suiv.

lité au légataire. La deuxième, que, si elle vient à échoir à la femme, le légataire a droit à être récompensé de la totalité par les héritiers du mari.

1951. M. Delvincourt (1) a pensé que cette disposition de l'art. 1423 s'étend à tous les cas où le testateur, étant copropriétaire d'une universalité, dispose d'un des objets qui en font partie. Comme, par exemple, si Pierre est copropriétaire pour moitié d'une succession et qu'il lègue à François une maison qui en dépend. Mais c'est là donner à l'article 1423 une portée qu'il n'a pas. Dans l'espèce posée par M. Delvincourt, on ne peut pas dire du testateur qu'il est seigneur et maître, comme il est permis de le dire du mari. Le mari est, dans le droit, la seule personne civile dont l'autorité soit si pleine et si étendue sur des choses communes. En dehors de lui, le testateur est toujours censé n'avoir voulu léguer que sa part, et le legs ne vaut que pour sa portion afférente (2). Cette différence a été touchée avec beaucoup de justesse dans un arrêt de la cour de Metz du 30 mars 1816 (3).

C'est aussi parce que le testateur a eu l'intention de ne donner que sa part, que l'on doit maintenir la disposition suivante : Primus étant copropriétaire d'un mobilier indivis qui garnit la maison qu'il habite, lègue à Secundus le mobilier de sa chambre, qu'il s'est accoutumé à considérer comme sien propre par l'usage qu'il en a eu. Il est à remarquer que ce mobilier n'excède pas la part du testateur dans la totalité du mobilier commun qui garnit la maison. Dans cette circonstance, on ne décidera pas que le legs du mobilier de la chambre ne vaut que pour la moitié de ce mobilier; il est valable pour le tout; car telle a été évidemment la volonté

(1) T. 2, p. 359. *Junge* M. Duranton, t. IX, n° 249.
(2) M. Coin-Delisle, n° 13, sur l'art. 1021.
(3) Devill., 6, 2, 115.

du testateur. Vainement, dirait-on qu'il y a là legs de la chose d'autrui. Il faut répondre, au contraire, que le testateur n'a pas entendu excéder les limites de son droit propre, puisque ce qu'il a légué est d'une valeur inférieure à ce qui lui reviendra en définitive par l'effet du partage; il a fait par la pensée une imputation de la chose léguée sur sa part à retirer, et cette imputation si naturelle empêche qu'on ne puisse voir dans la libéralité la violation du principe consacré par notre article (1).

Il en est de même dans le cas où Primus lègue à Secundus le second étage d'une maison indivise, étage qui lui servait spécialement de demeure et qui, du reste, ne représente pas la valeur de la part afférente à Primus dans la maison. Pourquoi ne considérerait-on pas cet étage comme une fraction à prendre dans la portion afférente à Primus? Pourquoi hésiterait-on à faire une imputation conforme à la volonté du testateur et qui ne blesse les droits de personne (2)?

1952. Il faut voir maintenant les effets du partage sur le legs de la chose commune : ou ce partage a lieu du vivant du testateur, ou il a lieu après son décès.

Dans le premier cas, supposons que Pierre lègue à François la moitié d'un moulin et la moitié d'une métairie qui lui appartiennent par indivis. Après le testament, mais avant le décès du testateur, il se fait un partage, et le testateur devient propriétaire de la totalité de la métairie et perd tous ses droits sur le moulin. On demande si, dans ce cas, le légataire pourra prétendre à la totalité de la métairie, par la raison que la deuxième moitié de la métairie est l'équivalent du moulin dont il se trouve privé. Il faut répondre qu'il n'y sera pas fondé. D'un côté, le legs de la moitié du moulin

(1) Rouen, 25 janv. 1808 (*J. Palais*, 6, p. 460. Devill., 2, 2, 33).
(2) Metz, 30 mars 1816 (Devill., 6, 2, 115).

est caduc comme legs de la chose d'autrui, et, de l'autre, le légataire ne peut avoir plus de droit sur la métairie qu'il ne lui en a été légué (1). C'est ici le cas d'appliquer l'art. 1020, d'après lequel la chose acquise depuis le testament et ajoutée à l'immeuble légué n'est point censée donnée au légataire (2).

1953. Dans le dernier cas, c'est-à-dire lorsque le partage a lieu après le décès du testateur, il se présente une hypothèse qui mérite attention. C'est celle où le partage a pour résultat de faire passer la chose dans le lot de l'autre communiste. En pareil cas, le légataire ne doit pas perdre le bénéfice de son legs; car il en a été saisi au moment du décès du testateur, et le partage ne saurait le lui enlever. Supposons qu'une maison indivise lui ait été léguée : il en fait le partage avec son copropriétaire, au moyen d'une licitation qui a pour résultat de rendre ce dernier adjudicataire. S'il n'a pas la chose, il trouve dans le prix l'équivalent de la moitié qui lui avait été léguée.

Ou bien, supposons que la maison dans laquelle une part lui a été léguée fasse partie d'une succession indivise, et que ce soit avec les héritiers du défunt que se fasse le partage; l'attribution de cette maison à un tiers, par l'effet de ce partage, aura pour conséquence de lui donner le droit de se faire indemniser par les héritiers du défunt : sans quoi, ces derniers s'enrichiraient à ses dépens, lorsqu'au contraire le testateur a voulu le préférer à ces mêmes héritiers (3).

On peut ici invoquer, comme argument, l'art. 1423 du Code Napoléon. Il y a cependant cette différence entre le cas

(1) Cassat., rej. de Poitiers, 28 fév. 1826 (Devill., 26, 1, 409). *Infra*, n° 2097.

(2) *Supra*, n° 1938.

(3) Rouen, 25 janv. 1808 (*J. Pal.*, VI, p 460. Devill. 2, 2, 33). Metz, 30 mars 1816 (Devill., 6, 2, 115).

prévu par l'art. 1423 et le nôtre, que le légataire, à qui le mari a légué un effet de la communauté, a récompense pour la totalité, tandis que, d'après le droit commun, la récompense est limitée à la part que le testateur avait dans la chose.

Nous avons expliqué ci-dessus la raison de cette différence (4).

Article 1022.

Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

SOMMAIRE.

1954. Division.
1955. Du legs d'une chose indéterminée en droit romain.
1956. De la loi 7, *De tritico*, au Digeste.
1957. Pourquoi, dans le legs d'une chose indéterminée, le choix d'une chose appartenait-il au créancier, tandis qu'en matière de contrat, le choix appartenait au débiteur?
1958. L'héritier ne peut offrir au légataire une chose de la plus mauvaise qualité, ni être forcé à en donner une de la meilleure.
1959. Cas où le legs d'une chose indéterminée deviendrait un legs d'option.
1960. Du legs d'option.
1961. De l'option conférée à un tiers.
1962. Difficulté lorsque, dans un legs d'option, le testament n'a pas déterminé les choses à choisir.
1963. Le legs d'option donne au légataire le droit de choisir la chose de la meilleure qualité.
1964. *Quid* si plusieurs des choses à choisir venaient à périr?
1965. De l'étendue du droit du légataire d'option.

(1) N° 1950. *Junge* M. Coin-Delisle, *loc. cit.* Merlin, Répert., v° *Legs*, t. XVI, p. 607.

1966. Du délai dans lequel doit s'exercer le legs d'option. — *Quid* en cas de désaccord avec les ayants droit du légataire?
1967. Du legs alternatif.
1968. A qui, dans ce legs, appartient le droit de choisir.
1969. Le choix ne peut porter que sur l'une ou l'autre des deux choses léguées.— *Quid* en cas de perte de l'une des deux choses ?

COMMENTAIRE.

1954. Notre article s'occupe du legs d'une chose indéterminée. Et comme ce genre de legs a de nombreux rapports avec le legs d'option et le legs alternatif auxquels les rédacteurs du Digeste ont consacré un titre spécial, nous examinerons ces espèces de legs en même temps que le legs de la chose indéterminée.

1955. Le legs d'une chose indéterminée s'appelait à Rome, legs de genre, *legatum generis*, dénomination que nous pouvons lui donner aussi aujourd'hui (1).

Je lègue à Titius un cheval, une maison, un pré, ou un de mes chevaux, une de mes maisons, un de mes prés.

Il est clair que la disposition, quoique portant sur un objet indéterminé, doit avoir *certam finitionem*, comme disent les interprètes; car, sans cela, elle serait, pour ainsi dire, dérisoire (2). Ainsi ce serait un legs inutile que la disposition par laquelle un testateur, en l'absence de toute circonstance de nature à préciser explicitement ou implicitement les limites de la libéralité, dirait : « Je lègue à Titius du vin » ou du blé. » Ce don peut être, en effet, réduit à des bornes tellement étroites, qu'il devient chimérique; l'héritier qui en est chargé pourra l'acquitter avec une goutte de vin et quelques grains de blé.

(1) Voët, *Ad Pand.*, *De opt. legat.*, n° 6.

(2) Paul, *Sentent.*, l. 3, *De legat.*, § 13. Ulpien, l. 71, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 389, n° 15. Voët, *Ad Pand.*, *De tritico*, n° 3.

1956. Il ne faut pas considérer comme contraire à cette opinion, la loi suivante au Digeste 7, *De tritico* (1). « Un » testateur avait ordonné à l'héritier institué de donner à la » femme de lui testateur, *vinum*, *oleum*, *frumentum*, *ace-* » *tum*, etc.... Trébatius pensait que ce legs ne comprenait » que ce que l'héritier voudrait donner ; car la quantité » n'était pas fixée. Mais Ofilius, Cascellius et Tuberon vou- » lurent que l'héritier fût condamné à payer tout le vin, » l'huile, le froment, le vinaigre, etc., que le testateur avait » laissés à son décès. » Javolenus, qui rapporte ce fait, dit que Labéon approuvait l'avis de ces derniers.

Cette opinion a été suivie par les commentateurs du droit romain (2) et elle s'explique par le génie de la langue latine et par le sens précis qu'elle permet de donner aux expressions vagues dont s'est servi le testateur. Mais, parmi nous, il serait difficile de donner un effet aussi étendu à la disposition par laquelle le testateur léguerait du blé, en général, sans déterminer la quantité. « Du blé » ne veut pas dire « tout le » blé que je laisse. » C'est, au contraire, une expression restrictive. Si donc des circonstances accessoires ne venaient pas au secours de la volonté du testateur, je penserais que le legs devrait être regardé comme inutile, n'ayant pas *certam finitionem*. C'est par une interprétation bénigne de la volonté du testateur (interprétation non repoussée par le tour grammatical de la phrase latine), que les jurisconsultes romains se sont décidés en majorité pour la solution contenue dans la loi dont il s'agit. Car, dans les contrats où la volonté s'interprète plus strictement, ils s'accordent à dire

(1) Javolenus, l. 2, *Ex posterioribus Labeonis*.

(3) Voët, *De tritico*, n° 2. Mantica, *De conject. ultim. volunt.*, l. 3, t. 2, n° 25 : « ...*Item si frumentum indefinite legatum sit intelligitur de eo quod* » *mortis tempore reperitur, dummodo non sit venale, ut ait Baldus in rubrica* » *Codicis, De verborum signific.*, n° 4. »

que la stipulation de donner du blé est inutile (1). Mais, nous le répétons, la langue française répugne à une telle extension.

Au surplus, il se rencontrera fréquemment dans le testament, des circonstances à l'aide desquelles le juge pourra reconnaître quelles ont pu être les bornes du legs dans la pensée du testateur. Si, par exemple, il imposait à son héritier l'obligation de donner du blé à un parent, ou à un serviteur pauvre et âgé, il serait naturel de croire que le disposant a voulu léguer à cette personne une quantité annuelle de blé nécessaire pour lui donner du pain, *arbitrio boni viri*.

1957. Lorsqu'un testateur fait un legs d'une chose indéterminée, comme, par exemple, quand il dit : « Je lègue à » Titius un de mes quatre chevaux, » le choix appartient à l'héritier.

Il n'en était pas de même en droit romain, et d'après la législation de Justinien, le choix appartenait au légataire, si le testateur n'en avait ordonné autrement (2).

On s'est demandé pourquoi le droit romain n'appliquait pas au legs la même règle qu'aux contrats ; pourquoi dans ce dernier cas le choix appartenait au débiteur, tandis qu'en matière de legs le choix était au créancier, c'est-à-dire au légataire.

La raison en est, d'après Voët (3), que dans les contrats la personne seulement est obligée, que la chose n'est affectée en rien, à moins de stipulation contraire. Mais dans le legs, d'après le droit nouveau, la chose léguée est tellement affectée au légataire qu'il peut la réclamer par l'action réelle.

(1) Marcellus, l. 94, D., *De verb. obligat.*

(2) «... *Electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* » (*Instit.*, *De legat.*, § 22). Voët, *De opt. legat.*, n° 2. Mantica, *De conject. ult. vol.* 9, 3, 27.

(3) *Loc. cit.*, no 6.

Or, pour exercer l'action réelle, il faut nécessairement qu'il désigne la chose qui doit en faire l'objet. Voilà pourquoi Justinien a donné au légataire la faculté du choix.

Mais cette explication est-elle bien convaincante? M. Merlin (1) l'approuve pleinement, et l'on ne peut s'empêcher de convenir qu'elle ne présente le moyen le plus spécieux de légitimer la législation que les Romains nous ont léguée sur ce point. Cependant elle ne satisfait pas tout à fait l'esprit. En effet, l'action de vendication ne peut être exercée pour toutes sortes de legs : elle n'a pas lieu pour les legs de fait, de créances, de quantités (2). Comment, néanmoins, accorder l'explication de Voët avec des espèces de legs qui répugnent à l'action vendicatoire? D'ailleurs, quel mal y aurait-il à ce que le légataire prît le choix de l'héritier, c'est-à-dire du débiteur, avant d'exercer son action réelle, lorsqu'elle peut avoir lieu? Ce n'est donc pas sans motif que de graves jurisconsultes, critiquant les dispositions du droit romain, ont pensé que c'était par un caprice purement arbitraire qu'il avait été dérogé aux principes des contrats sur le choix des choses alternatives. La raison veut que dans le doute on favorise le débiteur : *hæredi parcendum*. Le Code Napoléon s'est montré plus consépuent; et, en remettant à l'héritier l'option qui autrefois appartenait au légataire, il s'est conformé aux principes du droit commun, d'après lesquels le doute s'interprète toujours en faveur du débiteur (3).

1958. Toutefois, l'héritier ne pourrait offrir au légataire d'une chose indéterminée un objet de la plus mauvaise qualité, de même qu'il ne saurait être obligé à en donner une de la meilleure.

(1) Répert., v° *Option*, § 1, p. 824.
(2) Voët, *Ad Pand., De legatis*, n° 39.
(3) Art. 1162, 1190, 1246 du C. Nap.

Le droit romain, en accordant dans ce cas au légataire le droit de choisir, avait déjà consacré cette règle : « *Id esse* » *observandum ne optimus nec pessimus accipiatur* (1). »

1959. Mais si, par une disposition spéciale, le testateur enlevait le choix à l'héritier en déclarant qu'il le donne au légataire, celui-ci pourrait-il exiger une chose de la meilleure qualité ? Ce ne serait plus là alors un legs de chose indéterminée, mais un véritable legs d'option. Avant de résoudre cette question, il importe d'examiner la nature et le caractère du legs d'option.

1960. Le legs d'option ou d'élection paraît avoir été fréquemment employé dans le testament des Romains, et l'on trouve dans le Digeste un titre assez long sur cette matière (2).

Ce legs a lieu lorsque le testateur donne au légataire le droit de choisir une ou plusieurs choses qu'il lui laisse, comme par exemple : « Je lègue à Titius les objets qu'il » choisira. »

Il diffère du legs de genre, en ce que dans ce dernier legs l'option est sous-entendue, tandis que dans le legs d'option elle est formellement exprimée (3).

1961. L'option peut être conférée à un tiers, comme quand je dis : « Je lègue à Titius les chevaux que Séius » choisira. »

D'après le droit des Pandectes, ce legs était considéré comme étant soumis à la condition : *si optaverit;* il n'était dû, par conséquent, que du jour où le gratifiée avait fait son choix, ou du jour où le tiers auquel le testateur avait

(1) Ulpien, l. 37 *proœm.*, D., *De legat.*, 1°. Africain, l. 110, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 389, n° 18. Voët, *De opt. legat.* n° 6.

(2) « ... *De optione vel electione legata.* » (Voët, *De hoc titulo.*)

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 383, n° 14.

confié l'élection s'était prononcé. De là on concluait que la faculté de choisir ne passait pas à l'héritier du légataire, si ce dernier venait à décéder avant d'avoir choisi.

Justinien (1) ne voulut plus que ce legs fût regardé comme conditionnel; il décida qu'il serait dû à compter de la mort du testateur et que le droit de choisir passerait à l'héritier du légataire, si ce dernier était vivant lors de l'ouverture de la succession. Et pour le cas où, le choix étant remis à un tiers, ce tiers viendrait à mourir avant d'avoir choisi, il ordonna que le legs ne fût point caduc, et que le légataire eût le droit de faire connaître son choix, pourvu qu'il ne le fît porter que sur une chose de qualité ordinaire.

Cette décision était suivie dans le droit ancien. Elle doit faire la règle du droit nouveau (2). Vainement dirait-on que, dans le cas de vente, le décès ou le refus du tiers désigné pour fixer le prix fait évanouir la convention. Il faut répondre que la position du légataire n'est pas la même que celle de l'acheteur et du vendeur. Dans le cas de vente, quand le tiers désigné ne peut ou ne veut intervenir, il est toujours loisible au vendeur et à l'acheteur de fixer entre eux le prix de la chose par une nouvelle convention; tandis que s'il s'agit d'un legs dans lequel l'option ait été conférée à un tiers qui ne peut ou ne veut se prononcer, la mort du testateur ne permet plus de modifier le legs par une nouvelle disposition (3).

1962. Lorsque le testateur a déterminé le nombre de choses à choisir, la disposition ne peut présenter de difficulté; mais si ce nombre est indéterminé, quelle sera l'éten-

(1) Justinien, l. 3, § 1, C., *Communia de legatis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, no 5 *in fine*.

(2) Merlin, Répert., vo *Option*.

(3) Voët, *loc. cit.*, no 5. Argument de la loi 11, § 1, D., *De legat.*, 2°.

due qu'on devra donner au legs? Par exemple : « Je lègue à Titius ceux de mes chevaux qu'il choisira. »

La loi 1, D., *De opt. legat.*, formée d'un rescrit d'Antonin, décide que, dans ce cas, le légataire pourra choisir jusqu'à trois chevaux, quoique, dans la plupart des autres cas, *pluralis elocutio duorum numero contenta sit* (1).

1963. Le légataire peut choisir la chose qui est de la meilleure qualité; *atque insuper*, dit Voët (2), « *optimum* » *hic a legatario, cui optio a testatore permissa est, optari* » *potest.* »

Cette solution nous semble devoir être adoptée sous le Code, et l'art. 1020, en fixant, dans le silence du testateur, à qui appartiendrait le droit de choisir, a réglé pour ce cas l'exercice du droit d'option. Mais, dès que le testateur s'est écarté de cette règle en donnant le choix au légataire, l'article 1020 n'est plus applicable, et le choix du légataire ne doit pas être limité entre ce qu'il y a de la meilleure qualité et ce qu'il peut y avoir de la plus mauvaise.

1964. Continuons d'examiner les différents cas que peut présenter le legs d'option.

Si les choses entre lesquelles le légataire devait faire son choix venaient à périr en partie, le legs ne serait pas nul pour cela. Le légataire pourrait prendre celles qui resteraient, ou, si elles étaient supérieures à l'importance de son legs, choisir parmi elles.

La loi 8, § 1, D., *De opt. legat.*, le décide expressément : « Si de quatre colliers de perles, je dois en choisir deux, et » que de ces quatre colliers, il n'en reste que deux, *valet* » *legatum* (3). »

(1) Ulpien, l. 12, D., *De testibus*. Voët, *loc. cit.*, n° 1.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 1.

(3) Pomponius, l. 8, § 1, D., *De opt. leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 386, n° 4. Voët, *loc. cit.*, n° 2.

1965. Le légataire peut choisir parmi toutes les choses du même genre qu'a laissées le testateur, et peu importe qu'auparavant l'héritier en ait aliéné quesques-unes. L'héritier ne peut, par son fait, diminuer le droit du légataire. La vente est d'ailleurs, *in suspenso* jusqu'à ce que le choix ait été fait (1).

1966. Le choix doit être fait dans le temps prescrit; sans cela le legs s'écroule : *propter præterlapsum tempus præfinitum optionis legatum hoc casu corruit* (2).

S'il n'y a pas de délai déterminé, l'héritier qui a intérêt à ce que le choix soit fait le plus tôt possible, doit le faire fixer par le juge (3).

Mais si le choix appartient à plusieurs, comme lorsque le légataire décède et qu'il laisse plusieurs héritiers, et si, dans ce cas, les héritiers ne sont pas d'accord, alors il faut avoir recours au sort, et ce sera celui qu'il favorisera qui sera chargé d'élire d'après la loi 3 au Code, *Communia de legatis*. Par cette loi, Justinien a modifié le droit des Pandectes qui voulait que, dans le cas de dissentiment, le legs fût inutile (4).

1967. Nous venons de voir les rapports et les différences du legs de la chose indéterminée et du legs d'option. Examinons le legs alternatif, qui est aussi un legs d'option. Ce genre de legs a lieu lorsque deux ou plusieurs choses sont léguées alternativement, de manière que le payement de l'une éteigne la disposition. « Je lègue à Titius mon che-
» val Rabican ou mon carrosse avec mes armes. »

Les choses qui font l'objet de ce legs sont toutes dues jus-

(1) Javolenus, l. 14, D., *De opt. legat.* Voët, *loc. cit.*, n° 2.

(2) Terentius Clemens, l. 17, D., *De opt. leg.* Voët, *loc. cit.*, n° 3 *in fine*. *Pand.*, t. II, p. 385, n° 13.

(3) Pomponius, l. 6, D., *De opt. leg.* Voët, *loc. cit.* Pothier, t. II, p. 388, n° 13.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 387, n° 6 *in fine*. Voët, *loc. cit.*, n° 6.

qu'à ce que le choix de l'une d'elles ait été fait. Si donc, l'une d'elles vient à périr, celle qui restera devra être payée. Supposons que Rabican vienne à périr, le legs deviendra pur et simple et sera de la même nature que si le testateur avait purement et simplement légué son carrosse avec ses armes (1).

La loi 2 au D., *De legatis*, 2°, n'est pas contraire à cette règle; elle ne fait que décider que le legs alternatif ne constitue qu'un seul et même legs (2), quoique avant l'élection il y ait plusieurs choses dues dans ce legs (3).

Le legs alternatif est dû, comme tous les autres, à compter du jour du décès du testateur. Mais si l'une des choses léguées alternativement est soumise à une condition, le légataire ne pourra réclamer la libéralité avant l'échéance de cette condition : et s'il meurt avant cette échéance, le legs sera caduc et ne passera pas à ses héritiers (4).

La raison de ceci vient de ce que le legs alternatif, quoique comprenant plusieurs choses, est un : « *Cum illud aut* » *illud legetur*, dit Papinien, *enumeratio plurium rerum* » *disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit* (5). »

1968. Dans le cas du legs d'une alternative, le choix appartient à l'héritier, comme lorsqu'il s'agit du legs d'une chose indéterminée. Il en était différemment à Rome. Le choix depuis Justinien, sans distinguer quelle était la forme du legs, devait appartenir au légataire (6). Seulement, le légataire d'une alternative avait, de plus que le légataire

(1) Julien, l. 84, § 2, *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 23.

(2) Paul, l. 75, *Ad edictum*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26.

(3) Voy. Voët, *de hoc tit.*

(4) Julien, l. 16, D., *Quand. dies legat. ced.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 390, n° 26. Voët, *loc. cit.*, n° 7.

(5) Papinien, l. 25, *Quand. dies legat. ced.* Voy. sur cette loi, Cujas, *Questions Papiniennes*, loi 18, t. IV, p. 455 (édition de 1748).

(6) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n°s 29 et suiv.

d'une chose indéterminée, le droit de choisir la chose de meilleure qualité : *electio legatario competit*, dit Voët (1), *ut meliorem petere possit.*

1969. L'héritier à qui, en l'absence de disposition spéciale, le choix appartient aujourd'hui, ne peut choisir partie d'une chose et partie de l'autre. Il faut qu'il choisisse l'une ou l'autre entière (2). Il en serait de même du légataire auquel le choix aurait été déféré (3).

Si la chose que l'héritier se détermine à payer, vient à périr après qu'il a signifié son choix, ou qu'il en a fait l'offre réelle, la perte tombe sur le légataire (4).

Article 1023.

Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

SOMMAIRE.

1970. En matière de legs, la compensation ne doit pas se présumer
1971. Même dans le cas où le testateur était déjà débiteur du légataire.
1972. Du reste, il n'y de libéralité qu'autant qu'il y a dans le legs plus que dans la dette.
1973. De la reconnaissance de dette. — Renvoi.
1974. Du legs de libération.
1975. La libération léguée par un testateur au débiteur de son héritier ou d'un tiers est-elle valable ?
1976. On peut faire à une caution un legs de libération.
1977. Le legs de libération d'une chose non due est inutile.

(1) *Loc. cit.*, n° 7.

(2) Celsus, l. 15, D., *De legat.*, 2° Pomponius, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 391, n° 33.

(3) Turin, 19 mai 1813 (Devill., 4, 2, 313).

(4) Julianus, l. 84, § 9, D., *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, p. 392, n° 34.

1978. Le legs de libération ne porte pas sur les dettes postérieures au testament.

1979. *Quid* si le légataire, ignorant la libération qui lui est faite, payait la dette à l'héritier ?

1980. *Quid* s'il avait payé sa dette du vivant du testateur ?

1981. La novation de dette n'empêche pas le legs de libération de produire son effet.

COMMENTAIRE.

1970. Le point de droit décidé par cet article était l'objet de beaucoup de controverses dans l'ancienne jurisprudence.

Plusieurs auteurs, comme Brodeau (1), pensaient que lorsque le légataire était créancier à titre onéreux du testateur, on ne devait pas supposer la compensation ; mais que quand la créance procédait d'un titre lucratif, il fallait croire que le testateur avait voulu se libérer par son nouveau don.

D'autres jurisconsultes, au contraire, pensaient que dans tous les cas on ne devait jamais présumer la compensation : « *Legatum non præsumitur in dubio relictum animo compen-* » *sandi*, » dit Favre (2). C'était aussi l'avis de Ricard (3) et de Furgole (4).

On ne peut nier que ce dernier sentiment ne soit préférable. La loi 85, D., *De legat.*, 3°, le sanctionne formellement : elle veut que la compensation ne soit admise que lorsqu'elle résulte explicitement de l'acte; *nisi voluntas testatoris compensare volentis evidenter ostenderetur* (5). La distinction de Brodeau ne peut être appuyée sur aucun texte sainement entendu.

(1) Brodeau *sur Louet*, lettre *M, somm.* 2.

(2) C., tit. *De legat.*, *défin.* 8.

(3) Part. 2, n°s 168 à 175.

(4) Ch. 14, n° 75.

(5) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 312 *in fine*. Paul, L. 85, D. *De legat.*, 2°.

Il est clair, d'ailleurs, que toute disposition testamentaire est faite *animo remunerandi;* on ne peut donc supposer, dans le legs fait au créancier, l'intention de compenser de la part du testateur.

C'est l'opinion de Favre, de Ricard et de Furgole, que le Code a embrassée : des deux avis il a pris le meilleur (1).

1971. Par application de cet article, il a été jugé que le testateur qui, étant débiteur d'une rente envers un tiers, a imposé à son héritier l'obligation de payer une rente à ce tiers, est censé, s'il n'a point exprimé une intention contraire, avoir légué une nouvelle rente pour être ajoutée à l'ancienne (2).

1972. On comprend, du reste, que l'art. 1023 n'entend établir, dans la règle qu'il pose, qu'une présomption de volonté, et que le testateur pourra toujours exprimer son intention de compenser le legs avec la créance.

Dans ce cas, pour qu'il y ait libéralité, il faut que l'on trouve dans le legs plus que dans la dette : « *Si modo,* dit » Voët (3), *plus in legato quam in debito sit, adeoque intersit* » *creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina* » *obligatione* (4). »

Et comme le legs donne ouverture, non-seulement à l'action personnelle, mais encore aux actions réelle et hypothécaire, il sera bien rare que la disposition testamentaire ne soit pas plus avantageuse au créancier que sa créance.

Du reste, c'est au créancier légataire qu'il appartiendra de voir s'il est ou non de son intérêt d'accepter ou de répudier le legs.

(1) Merlin, Répert., v° *Légataire,* § 7, art. 2, n° 15 *bis,* 4°. Toullier, t. V, n° 533. MM. Duranton, n°s 258 et suiv., t. IX. Coin-Delisle, n° 1, sur l'art. 1023.

(2) Cour de Paris, 19 juillet 1809 (Devill., 3, 2, 105).

(3) Voët, *Ad. Pand., De liber. legat.,* n° 9.

(4) *Instit., De legat.,* § 14.

1973. Que si, au lieu d'avoir légué au créancier une chose imputable sur ce qu'il lui doit, le testateur s'est déclaré obligé à une dette dans son testament, cette disposition connue en droit sous le nom de reconnaissance de dette, se distingue par des caractères particuliers dignes d'un examen spécial. Nous en avons touché quelque chose ci-dessus (1). Nous y reviendrons plus au long dans notre commentaire de l'art. 1035 (2).

1974. Si le testateur peut faire porter sa disposition sur ce qu'il doit, *a fortiori* il peut la faire porter sur ce qui lui est dû. Le Code ne s'est point occupé de ce genre de legs qu'on appelle legs de libération. Il importe d'en examiner ici l'étendue.

Lorsqu'on lègue à un individu une chose qu'il doit, ce n'est pas lui donner sa propre chose : c'est le libérer d'une obligation sous l'empire de laquelle il se trouve.

Ce legs de remise d'une dette ou de libération peut se faire expressément ou tacitement, pour le tout ou pour partie (3).

Il peut être laissé de plusieurs manières (4), comme quand on lègue la libération en propres termes (5), ou bien quand on lègue au débiteur ce qu'il doit (6), ou bien quand on défend à son héritier d'exiger la chose due (7).

Il peut être fait purement et simplement, ou sous condition.

(1) N° 728.

(2) *Infra*, n° 2054.

(3) Ulpien, l. 7, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 423, n° 5.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 422, n° 1. Godefroy sur le tit. du D., *De liber. legat.* Ducaurroy, *Instit.*, t. II, p. 186, § 13. *Supra*, n°s 140 et suiv.

(5) Ulpien, l. 3, D., *De liber. legat.*

(6) Ulpien, l. 1, D., *De liber. legat.*

(7) Godefroy, *loc. cit.*

Nous avons vu ci-dessus (1) quel est l'effet d'un legs de libération sous condition, *pendente conditione* : nous nous bornerons à y renvoyer.

1975. *Quid* si le testateur, au lieu d'avoir fait le legs de libération à son débiteur, l'a fait au débiteur de son héritier, ou au débiteur d'un tiers?

Un tel legs était valable en droit romain (2); c'était la conséquence du principe qui permettait au testateur de léguer la chose d'autrui.

Mais, d'après les principes du Code Napoléon sur le legs de la chose d'autrui (3), on peut douter qu'aujourd'hui un pareil legs soit valable, au moins dans tous les cas, s'il n'est pas fait par forme de condition ou de mode.

Supposons que Titius doive, au mois de janvier 1863, mettre Sempronius en possession de l'immeuble du *Verger* dont il est obligé de lui faire délivrance : Caïus institue Sempronius son légataire universel ; il lègue en même temps à Titius l'immeuble du *Verger*. Nous disons que cette disposition qui aurait été bonne d'après l'ancien droit, est nulle aujourd'hui comme contenant un legs de la chose d'autrui : car l'immeuble appartenait à Sempronius, ou, ce qui est la même chose, il a une action pour s'en faire donner la possession. *Idem est rem habere aut actionem ad obtinendam.*

Mais si nous supposons que le testateur ait institué Sempronius à condition qu'il libérerait Titius de l'obligation de lui livrer l'immeuble du *Verger*, cette disposition alors sera valable et profitera à Titius, comme un legs de libération fait au moins d'une manière indirecte.

Le cas que nous venons d'examiner est celui d'un corps

(1) *Supra*, nos 142, 143, 144.
(2) Pomponius, l. 8, D., *De liberat. legat.*
(3) *Supra*, nos 1947 et suiv., art. 1021.

certain dû à l'héritier. Mais s'il s'agissait du legs d'une créance, il serait plus difficile d'appliquer les principes qui gouvernent le legs de la chose d'autrui. Par exemple : Je donne à Titius les 10,000 francs qu'il doit à mon héritier. Il est évident que ce legs est valable. Rien n'empêche le testateur de donner au débiteur la somme nécessaire pour éteindre la créance de son héritier.

1976. Le bénéfice de libération qu'on peut donner par testament à un débiteur principal, peut aussi se donner à une caution, et, à ce sujet, il faut remarquer que le legs de libération fait à la caution ne libère pas le débiteur principal, mais que le legs de libération fait au débiteur principal libère la caution.

1977. On peut léguer la libération d'une chose due par obligation civile ou par obligation naturelle.

Mais si le testateur lègue la libération d'une chose qui n'est pas due, le legs est inutile (1).

Cependant Favre (2) pense que le legs suivant est valable, *centum quæ mihi Titius debet, ei do, lego,* quoique Titius ne doive absolument rien; car c'est là, dit cet auteur, une fausse démonstration qui ne vicie pas. Mais Voët (3) est d'une opinion contraire, et enseigne que ce legs, loin d'être démonstratif, est limitatif (4). Ce dernier avis, qui est aussi celui de d'Aguesseau dans son plaidoyer dans la cause de madame de Ventadour, doit être préféré (5).

(1) Ulpien, l. 7, § 2, D., *De liberat. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 423, no 11.

(2) *De conject.*, l. 5, cap. 2.

(3) *Ad Pand., De liberat. legat.*, n° 2.

(4) *Supra*, n°s 373 et 374.

(5) Voy. n° 373 *in fine*. Furgole, ch. 7, sect. 3, n°s 61 et 62. Cujas, l. 2, *Quest. Pauliennes. Ad leg.*, 25, *De liberat. legat.*, et *ad African.*, l. 108, § 10, *De legat.*, 1°.

1978. Il faut observer que le legs de libération n'est censé porter que sur les dettes existantes avant le testament et non sur celles qui ont été postérieurement contractées. *Quid* si le testateur, refaisant son premier testament, confirmait dans un second acte le legs de libération que le premier testament contiendrait, et qu'entre l'intervalle des deux testaments le légataire eût contracté une nouvelle dette auprès du testateur? Il faut répondre que le légataire ne serait pas libéré de la seconde dette contractée (1).

1979. Si le légataire, ignorant la disposition dont il a été l'objet, payait à l'héritier la dette contractée envers le défunt, pourrait-il revenir sur le payement par l'action *condictio indebiti?* Voët se décide pour l'affirmative (2), et nous devons nous attacher à cet avis.

1980. On demande ce qui arriverait si le testateur venait à exiger de son vivant le payement de la dette dont il aurait légué la libération? Il faut répondre que ce serait une révocation du legs, qui par conséquent deviendrait inutile (3).

1981. Que s'il y avait eu novation entre le testateur et le légataire à qui la libération aurait été léguée, la première obligation aurait disparu par l'effet de la novation; mais comme la nouvelle obligation n'aurait fait que prendre la place de l'autre, on devrait, dans le doute, se prononcer pour la libération, à moins qu'il n'y eût une volonté contraire manifestée (4).

Article 1024.

Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs

(1) Scævola, l. 28, § 1. L. 2, *De liber. legat.* Voët, *De liber. legat.*, n° 5.
(2) Voët, *loc. cit.*, n° 6.
(3) Voët, *loc. cit.*
(4) Scævola, l. 31, § 5, *De lib. legat.* Voët, *loc. cit.*

ainsi qu'il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des creanciers.

SOMMAIRE.

1982. Lorsque la succession est solvable, le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession.
1983. Toutefois son legs doit subir une réduction, s'il y a lieu de parfaire les légitimes.
1984. Il est en outre soumis aux charges résultant de la nature même de la disposition.
1985. En cas d'insolvabilité de la succession, les légataires ne reçoivent leur legs qu'autant que les créanciers sont désintéressés. — Pourvu toutefois que ceux-ci aient demandé la séparation des patrimoines.
1986. Si les créanciers avaient laissé toucher au légataire le montant de son legs, et que le délai pour demander la séparation des patrimoines fût périmé, ils ne pourraient lui faire rapporter le legs.
1987. Du cas où la séparation des patrimoines existe de plein droit.
1988. De l'action hypothécaire à laquelle peut être soumis le légataire particulier.
1989. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1982. Cet article est relatif à l'influence des dettes du défunt sur le légataire particulier; il a besoin d'explication. Pour le bien comprendre, il faut distinguer le cas où la succession est solvable de celui où elle ne l'est pas.

Lorsque la succession est solvable, il est un principe certain, c'est que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession (1). Les dettes suivent ceux qui succedent avec un titre universel. Le légataire particulier, n'étant qu'un successeur à titre singulier, n'est pas tenu des

(1) *Supra*, n° 1838.

dettes (1). Les legs particuliers sont eux-mêmes une dette qui diminue d'autant l'émolument de la succession.

Par exemple, Titius institue Sempronius dans tous ses biens, qui se montent à 100,000 francs. Il lègue à Caïus le domaine de Rotours, estimé 20,000 francs; et il laisse 20,000 francs de dettes. Sempronius ne sera pas admis à demander que Caïus contribue aux dettes : il devra payer et le legs de 20,000 francs en entier, et les créances de la succession; en sorte que par ces prélèvements, son émolument se trouvera réduit à 60,000 fr.

1983. Toutefois, le légataire doit supporter la réduction de son legs pour parfaire les légitimes (2). La réserve a préférence sur les legs; elle est une dette du sang, tandis que les legs ne sont qu'une libéralité provenant d'une volonté moins pressante que celle de la nature.

1984. Le légataire peut être tenu d'acquitter les dettes que le testateur a mises spécialement à sa charge (3). Il peut aussi être soumis à des charges résultant de la nature même de la disposition. Tels sont les impôts à compter de la mise en possession, les droits d'enregistrement (4), les rentes foncières aussi à compter de l'entrée en possession, les services fonciers ou servitudes, enfin tous les droits qui sont attachés au sol, ou qui grèvent momentanément ou à perpétuité la chose léguée.

1985. Arrivons maintenant au cas où les biens ne suffisent pas à payer toutes les charges de la succession.

Ici prévalent d'autres idées. Le premier devoir du testateur était de payer ses dettes, et il ne pouvait faire de libéralités avant d'avoir satisfait ses créanciers. Le titre onéreux

(1) Art. 871 du C. Nap.
(2) Art. 926 du C. Nap. *Supra*, nos 1013 et suiv.
(3) *Supra*, n° 352.
(4) Art. 1016 du C. Nap. *Supra*, n° 1919.

est toujours plus favorable que le titre gratuit. De là, la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*. De là encore, cette autre règle : *Bona non dicuntur nisi deducto œre alieno*. Il suit de ces principes que les créanciers ont sur les biens de la succession un droit préférable aux légataires, et ces derniers ne peuvent recevoir leurs legs qu'autant que les premiers sont désintéressés.

Mais pour jouir de ce droit dans toute sa force et toute sa plénitude, il faut qu'ils demandent la séparation des patrimoines, afin d'empêcher qu'il ne se fasse une confusion entre l'hérédité et les biens personnels de l'héritier qui a accepté purement et simplement. S'ils omettaient cette précaution, il arriverait ceci : c'est que, par l'acceptation pure et simple, une confusion parfaite s'étant opérée de la personne du défunt avec la personne de son héritier, des biens laissés par l'un avec les biens appartenant à l'autre, les créanciers et les légataires seraient devenus les créanciers personnels de l'héritier, et tous auraient des droits égaux contre le débiteur commun, c'est-à-dire contre l'héritier qui, par l'acceptation, a quasi-contracté avec eux, sans aucune distinction. Au lieu que si les créanciers ont la précaution de demander la séparation des patrimoines, ils conservent l'intégralité de leurs droits sur les biens de la succession, et leur gage leur reste avec toute préférence sur les légataires (1).

Cette obligation de demander la séparation des patrimoines n'est pas en contradiction avec la règle : *Bona non dicuntur nisi deducto œre alieno*. Car la demande de séparation des patrimoines est précisément la sanction de cette règle; c'est parce que cette règle existe et qu'elle doit être respectée que la séparation des patrimoines a été inventée,

(1) Art. 878 et 880 du C. Nap.

afin de paralyser une sorte de novation qui la rendait inapplicable.

De quoi les créanciers pourraient-ils se plaindre? Ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes de leur négligence à avoir omis les mesures nécessaires pour que leur préférence conserve son énergie (1).

1986. M. Merlin (2), en défendant ces idées devant la cour de cassation, a émis une proposition que l'on ne saurait admettre qu'au moyen d'une distinction. Il dit que si les créanciers laissaient toucher à un légataire la somme qui lui est léguée, ils ne pourraient la lui faire rapporter, ce légataire n'ayant reçu que ce qui lui était dû; et il cite à l'appui un arrêt du parlement de Grenoble, du 13 juillet 1638 (3).

(1) Cassat., 2 prairial an XII (*J. Palais*, t. IV, p. 3. Devill., 1, 1, 973). Cassat., 9 décembre 1823 (*J. Palais*, t. XVIII, p. 255. Devill., 7, 1, 350).

(2) Merlin, Répert., vo *Légataire*, p. 815, alinéa 1.

(3) Voici comment est rapportée l'espèce de cet arrêt dans le *Recueil de Basset* (t. II, p. 331, tit. 3, l. 5, ch. 2) :

« Martin Couland, maître apothicaire de cette ville de Grenoble, légua par son testament 3,000 livres à Ennemond, son fils, ensemble toutes les drogues et instruments de sa boutique, et institua Aymé, son autre fils, son héritier.

» Après la mort de ce testateur, son héritier traita avec tous les créanciers et légataires, retrancha 600 livres sur le légat d'Ennemond et lui paya les 2,400 livres restantes. Cependant le sieur Sarrazin, créancier de 3,000 livres du défunt et de son héritier, se contenta de retirer d'eux ses intérêts sans demander son principal. Aymé Couland, fils et héritier de Martin, vint à mourir, laissant une fille, son héritière, qui accepta la succession avec inventaire; ce qui ayant donné quelque appréhension à Sarrazin de n'y trouver pas son compte, et que sa dette pouvait devenir périlleuse par le mauvais état des affaires de cette hoirie, s'avisa de convenir ledit Ennemond, légataire, à ce qu'il eût à lui rendre la somme de son légat, et soutenait que son débiteur n'avait pu léguer à son préjudice, ni rendre sa condition détérieure par cette donation. Au contraire, Ennemond disait que le légat à lui fait et payé était un meuble qui n'avait pas de suite par hypothèque, qu'il n'avait usé de dol ni de fraude en cette occasion. Par sentence du juge de Grenoble, le sieur Sarrazin fut débouté ; et par l'arrêt de l'édit, en l'audience du 13 juillet 1638, Lesage et Louis plaidants, la sentence fut confirmée. »

Mais cette assertion n'est exacte qu'autant que le créancier a laissé périmer le droit de demander la séparation des patrimoines. Il est évident alors qu'il ne peut revenir contre un fait accompli et inquiéter le légataire, qui est créancier comme lui et qui n'a fait que recevoir son dû. Mais elle manque d'exactitude si le créancier est encore à temps de demander la séparation des patrimoines. L'héritier pur et simple n'a pas pu paralyser, par sa précipitation, l'exercice du droit que le créancier n'a pas perdu par sa négligence.

1987. Lorsque la succession, au lieu d'avoir été acceptée purement et simplement, a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines existe de plein droit, et les créanciers conservent par cela même sur les légataires la préférence qui leur appartient. Il est évident que cette acceptation de l'héritier ayant pour effet d'empêcher la confusion des biens laissés par le défunt avec les biens appartenant à l'héritier, les légataires ne sont point devenus les créanciers personnels de l'héritier. Il y a lieu alors de faire l'application de la maxime : *Nemo liberalis nisi liberatus* (1).

1988. Indépendamment de l'action personnelle, les légataires particuliers sont encore sujets à l'action hypothécaire : c'est lorsque les créanciers de la succession ont hypothèque sur les immeubles compris dans la libéralité qui leur est faite. C'est ce qu'enseigne notre article par ces mots : « sauf l'action hypothécaire des créanciers. »

Mais lorsque les légataires particuliers ont payé les créanciers, par suite de l'action hypothécaire exercée contre eux, ils ont recours contre les héritiers ou successeurs à titre universel tenus des dettes. L'art. 874 subroge, pour ce cas, les légataires dans tous les droits des créanciers (2).

(1) Art. 809 du C. Nap.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 334, n° 312, note *e*. Merlin, Répert., v° *Legataire*, p. 816, 817.

1989. Nous renvoyons à ce que nous avons dit dans notre *Commentaire des hypothèques*, sur le bénéfice de discussion accordé au tiers détenteur (1), et sur la prescription de l'action hypothécaire (2).

SECTION VII.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

ARTICLE 1025.

Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

SOMMAIRE.

1990. Des exécuteurs testamentaires dans l'ancien droit.
1991. Des exécuteurs testamentaires sous le Code.
1992. Singularité du mandat donné à l'exécuteur testamentaire.
1993. Néanmoins il faut appliquer à ce mandat, autant que faire se peut, les règles des mandats.

COMMENTAIRE.

1990. Le droit français, qui doit tant de choses au droit romain dans tout ce qui concerne la matière des testaments, ne lui a pas l'obligation de l'établissement des exécuteurs testamentaires. Ce sont les usages de nos aïeux et nos coutumes les plus anciennes qui l'ont créé, pour assurer avec plus de force et de stabilité la volonté du testateur.

(1) Mon *Commentaire des privilèges et hypoth.*, t. III, n° 797
(2) Le même *Commentaire*, t. IV, n° 878.

Ce n'est pas que les Romains n'eussent pris des précautions pour garantir de l'ingratitude de leurs héritiers la loi suprême du testament, à laquelle ils attachaient tant d'importance; ils l'avaient placée sous l'égide de l'intérêt public : *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere* (1). Justinien, en mettant la dernière main à la jurisprudence romaine, avait prononcé par la novelle I, ch. I, la peine de privation et d'indignité contre les héritiers réfractaires qui refuseraient d'exécuter la volonté des testateurs après en avoir été interpellés, déférant, contre les règles générales, l'hérédité à de simples légataires particuliers, qui s'obligeraient à donner des sûretés pour l'exécution des dernières dispositions (2).

Mais notre droit français s'est encore montré plus industrieux, d'après l'expression de Ricard (3), en menaçant d'une part l'héritier de la privation de la succession s'il néglige de remplir les volontés du défunt, et en permettant, de l'autre, aux testateurs de commettre l'exécution de leurs dernières dispositions à des personnes affidées nommées exécuteurs testamentaires.

On sent toute la sagesse de cette innovation, dont on

(1) Paul, l. 5, D., *Testamenta quemadmod. aperiantur.*

(2) Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 1.

Au reste, on trouve le germe de l'établissement des exécuteurs testamentaires dans quelques lois romaines ; mais ce sont plutôt des indications qu'un corps de doctrine sur une matière organisée. — Voici quelles sont ces lois :

Léon, l. 28, C., *De episcop. et clericis.* Valentinien et Marcien, l. 24, § 2, C. *eod. titulo.* Novelle 177, cap. 1. Novelle 131, cap. 2. Novelle de l'empereur Léon, 68. Julianus, l. 96, § 3, *De legat.*, 1o. Africanus, l. 107 *eod. titulo.* Marcellus, l. 17, *De legat.*, 2°. Ulpien, l. 3, D., *De alim. vel cib. legat.* Papinien, l. 9, D. *eod. titulo.* Paul, l. 23, D. *eod. titulo.* Ulpien, l. 12, § 4, D., *De relig.* Paul, l. 7, D., *Si cui plus quam.*

(3) Part. 2, n° 29.

trouve des traces dans un testament de l'an 1314, rapporté par Baluze (1).

Les légataires des meubles pouvaient craindre qu'un héritier malveillant ou dissipateur ne dilapidât la propriété mobilière de la succession, laquelle n'a pas de suite par hypothèque, et qu'ils ne fussent ainsi privés des libéralités du testateur. Mais ces appréhensions disparurent, lorsque le disposant eut la faculté de nommer un exécuteur testamentaire, qui, saisi de plein droit des meubles de l'hérédité, devint leur gardien et leur dépositaire, et put empêcher des malversations coupables.

On voit par là que l'exécuteur testamentaire était investi d'un droit spécial, préférable à celui de l'héritier (2). L'exécuteur testamentaire recevait une détention, un dépôt qui lui permettait de tenir en bride l'héritier et d'empêcher les dilapidations (3).

Cette innovation fut si générale, et elle parut si bonne que

(1) *Histoire générale de la maison d'Auvergne.*

A la fin de ce testament, extrait du trésor des chartes de Turenne, Béraud VII, seigneur de Mercœur, s'exprime ainsi :

« *Hujus autem meæ ultimæ voluntatis executores meos sive commissarios* » *speciales mihi constituo et ordino viros venerabiles et reverendos in Christo* » *patres dominos Albertum, Guillelmum, Hugonem*, etc., etc. » (T. II, p. 338 *in fine*.)

Du Luc (l. 9, t. VII, art. 4) parle en ces termes d'un arrêt de l'an 1377, qui statue sur une contestation relativement à la possession des objets héréditaires entre un héritier et un exécuteur testamentaire :

« *Lucii Titii hærede et ejus testamenti curatore certantibus, martem va-* » *rium et communem varia et communis secuta est victoria. Judicatum est* » *hæredem interdicto retinendæ possessionis agentem, quantum ad mobilia* » *pertineret, non esse ferendum; ea enim ad animum a morte testatoris, in* » *curatoris mancipio esse; curatorem autem quod ad res soli quæsitas atti-* » *nebat, intercessione submovendum, quod scriptis postea moribus est com-* » *prehensum.* »

Voy. aussi Ferrières *sur Paris*, art. 297, glose 1, n° 5.

(2) Coquille *sur Nivernais, Test.*, art. 2.

(3) Delaurière, *Glossaire*, v° *Execut. testam.*

le droit canonique se l'appropria, comme le prouve la clémentine unique *Des testaments* (1). L'usage d'en nommer s'étendit même aux pays régis par le droit romain, mais pourtant avec des modifications restrictives des droits accordés aux exécuteurs testamentaires par les coutumes. Aussi, trouve-t-on un traité sur cette matière, écrit par Jean-Jacques à Canibus, docteur de Padoue, intitulé : *De executoribus ultimarum voluntatum* (2).

1991. Le Code Napoléon ne pouvait mieux faire que de consacrer l'usage de nommer des exécuteurs testamentaires; mais, comme nous le verrons dans la suite de cette section, il n'a pas adopté toutes les idées de l'ancien droit. Toutefois, son point de départ est, comme dans la jurisprudence antérieure, que l'exécuteur testamentaire est mandataire, et que le mandat qui lui est confié est parfait lorsqu'il en a accepté la charge.

1992. Ce mandat se distingue par une singularité. En général, la mort du mandant met fin au mandat; ici, au contraire, la mort du mandant, loin de faire finir le mandat de l'exécuteur testamentaire, le fait commencer. On sait, du reste, que toutes les fois que le mandat est donné pour être exécuté après la mort du mandant (3), il vaut dans les termes où l'a placé la volonté du mandant.

(1) *Junge* ch. 17; ch. 119, *Exécut. testam.*; ch. dernier, *De testam.*, in 6o. Voy. Furgole, ch 10, sect. 4, nº 12.

(2) Furgole, *loc. cit.*, cite un autre traité sur la même matière par Boëtius Epo.

Voy., sur les progrès et origines des exécuteurs testamentaires :

Delaurière, *Glossaire du droit franç.*, vº *Exécut. testam.*; Domat, *Lois civiles*, p. 146; Ricard, part. 2, nºs 57 et suiv., ch. 2; Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5.

(3) Ulpien, l. 12, § 5, D., *Mandati*. Caïus, l. 13, D. *eod. titulo*. Pothier *Pand*, t. I, p. 478, nº 78. Menochius, *Præsumpt.*, l. 2, cap. 6, nº 37. Bartole sur la loi finale, D., *De solut.* Boërius, *décis.* 348, nº 6. Straccha, *Man-*

Nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'article 1031 (1).

1993. On doit donc appliquer à l'exécuteur testamentaire les règles du mandat, autant que la chose peut le comporter. Nous ajoutons cette restriction, parce que la loi a fait des exécuteurs testamentaires des mandataires irréguliers sur beaucoup de points, et a introduit plusieurs dispositions qui ne peuvent convenir aux mandataires ordinaires (2).

De ce principe donné, que l'exécuteur testamentaire est un mandataire, il suit qu'il n'a d'autre pouvoir que celui que lui confère le testateur ou la loi, et qu'il doit se tenir exactement dans les bornes de son mandat, suivant cette règle connue : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (3). Nous verrons dans le commentaire de l'article 1032 la conséquence de cette règle (4).

Article 1026.

Il pourra leur donner la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès.

S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger.

SOMMAIRE.

1994. De la saisine de l'exécuteur testamentaire dans l'ancien droit.

dat, n° 49. Casaregis, *disc.* 35, nos 8, 31, 33. Favre sur la l. 12, § 12, D., *Mandati*. Pothier, *Du mandat*, n° 108. M. Duranton, t. XVIII, n° 284. Zachariæ, t. III, p. 134. Voy. mon *Traité du mandat*, nos 468 et 728.

(1) *Infra*, n° 2023.

(2) *Infra*, nos 2007 et suiv.

(3) Paul, l. 5 *in principio*, D., *Mandati*. Furgole, *loc. cit.*, n° 15. *Infra*, n° 1996.

(4) *Infra*, n° 2038.

1995. Le Code autorise le testateur à donner à son exécuteur testamentaire la saisine du mobilier.
1996. La saisine n'est plus un droit inhérent à la personne de l'exécuteur testamentaire.
1997. De ses fonctions lorsqu'il n'a pas la saisine.
1998. Cette saisine n'a rien de contraire à la maxime : *le mort saisit le vif.*
1999. Durée de la saisine.
2000. Il ne dépend pas du testateur de prolonger le délai légal de la saisine.
2001. Sur quels meubles peut porter la saisine.
2002. Du recouvrement des dettes actives de la succession par l'exécuteur testamentaire.
2003. Comment il doit payer les legs mobiliers.
2004. Par suite de la saisine qui lui est confiée, il est tenu de concourir au payement des dettes, en se concertant avec l'héritier.
2005. Précautions à prendre par les créanciers de la succession.

COMMENTAIRE.

1994. D'après le droit coutumier, tout exécuteur testamentaire avait, de plein droit, la saisine d'an et jour (1). On supposait qu'en instituant un exécuteur testamentaire, le disposant n'avait pas eu une entière confiance dans son héritier et qu'il avait, par conséquent, voulu lui enlever la possession de fait nécessaire pour l'accomplissement de ses dernières volontés (2). Il y a plus, dans les très-anciens usages, la saisine s'étendait aux meubles, et même aux immeubles (3). Mais ce point fut modifié, quant aux immeubles, lors de la rédaction des coutumes par écrit.

Quelques-unes maintinrent la saisine générale : telle fut

(1) Ricard, part. 2, nos 71 et suiv. Furgole, *loc. cit*, nos 28 et 29. Ferrières *sur Paris*, art. 297, no 22. Merlin, Répert., vo *Exécut. testam.*, § 3, p. 920, col. 2.

(2) L'auteur du *Grand coutumier*, l. 2, ch. 21. Delaurière, *Glossaire* vo *Exécut. testam.*

(3) Delaurière, *loc. cit*.

la coutume d'Orléans (1). D'autres, comme les coutumes d'Anjou (2) et du Maine (3), la restreignirent aux meubles et aux acquêts. D'autres encore, comme la coutume du Nivernais (4), ne la firent porter sur les acquêts que dans le cas d'insuffisance des meubles. Enfin, la coutume de Paris (5) repoussait tout à fait la saisine relativement aux immeubles et n'adoptait que la saisine des meubles.

Dans les pays de droit écrit, au contraire, l'exécuteur testamentaire n'était qu'un simple ministre, et il n'avait pas la saisine des biens meubles ou immeubles (6).

1995. Le Code Napoléon n'a suivi aucun de ces systèmes d'une manière absolue. Il repousse la saisine de plein droit consacrée par le droit coutumier; mais il autorise le testateur à la conférer à son exécuteur testamentaire par une disposition de son testament. Enfin, il ne veut pas que, dans ce dernier cas, la saisine embrasse autre chose que les meubles de la succession, soit en totalité, soit en partie. Il lui a semblé que la saisine des meubles était suffisante, parce que le ministère conservatoire de l'exécuteur testamentaire n'a une véritable utilité que pour préserver le mobilier des dissipations, et, qu'après tout, le droit de l'héritier ne doit être gêné qu'en vue d'une nécessité réelle, laquelle ne se manifeste pas en ce qui concerne les immeubles.

1996. La saisine n'est donc pas aujourd'hui un droit inhérent à la personne de l'exécuteur testamentaire, et toutes les fois que le disposant ne l'aura pas donnée expressément,

(1) Art. 290. *Junge* Blois, art. 177. Poitou, art. 291.

(2) Art. 274.

(3) Art. 291.

(4) *Testaments*, art. 2 et 4. *Junge* Meaux, art. 8. Bourbonnais, art. 22.

(5) Art. 297. *Junge* Clermont, art. 134. Troyes, art. 99. Reims, art. 293, etc., etc., etc.

(6) Modestinus, l. 63, D., *De procurat*. Furgole, ch. 10, sect. 3, nos 28 et 35.

il sera censé l'avoir refusée; car on ne peut étendre les bornes du mandat. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (1).

1997. Lorsque l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine, ses fonctions consistent à accomplir les obligations qui lui sont imposées par l'art. 1031. On voit donc qu'un exécuteur testamentaire sans saisine n'est pas décoré d'un vain titre (2).

1998. Il ne faut pas croire que cette saisine donnée à l'exécuteur testamentaire soit contraire à la maxime : *le mort saisit le vif*. En effet, comme l'enseigne Ricard (3), la saisine de l'exécuteur ne le rend pas véritablement possesseur et ne lui confère aucun droit réel *in re*, ni *ad rem*. Il n'est qu'un dépositaire, qu'un séquestre, qui possède au nom de l'héritier, lequel est seul saisi dans toute la latitude que le droit attache à ce mot. C'est aussi l'explication de Dumoulin, sur l'article 95 de la coutume de Paris (4).

Voilà pourquoi, d'après le même auteur, l'exécuteur testamentaire ne peut intenter complainte contre l'héritier qui le troublerait dans la jouissance des meubles pendant l'année de l'exécution. Car, quoiqu'il puisse intenter la complainte contre le tiers, ce n'est pas une raison pour qu'il ait cette action contre l'héritier. Il n'a cette action contre les tiers, que parce qu'il est dépositaire au nom de l'héritier; il ne peut donc retourner son mandat contre ce dernier (5).

(1) *Supra*, no 1993.

(2) Grenier, no 331. Toullier, t. V, no 584.

(3) Part. 2, nos 71 et suiv.

(4) « ... *Hæc consuetudo non facit quia hæres non sit saisitus ut domi-* » *nus, sed operatur quod executor potest ipse manum ponere, apprehen-* » *dere...* » — « *Et etiam non est verus possessor, et nisi ut procurator tan-* » *tum.* » (Dumoulin *sur Paris*, art. 95, nos 10 et 11.) *Junge* Pothier *sur Orléans*, t. XVI, art. 290.

(5) On sait que, quoique la complainte n'ait pas lieu pour les meubles, on peut cependant l'intenter dans un cas unique, c'est lorsqu'une succession consiste exclusivement en meubles. C'est « une espèce d'immobilier. » (Henrion

Voilà pourquoi aussi l'art. 1027 qui suit donne aux héritiers la faculté de faire cesser la saisine des exécuteurs testamentaires en remettant la somme suffisante pour le payement des legs mobiliers.

1999. Le Code limite, d'après l'ancien droit (1), à un an et jour, à compter du décès, la durée de la saisine de l'exécuteur testamentaire : il a supposé que le délai d'un an est suffisant, en général, pour l'accomplissement du mandat confié à un exécuteur testamentaire, mandat qui consiste surtout dans des mesures conservatoires et dans le payement des legs : « L'exécution, disait Coquille, doit être faite » promptement, sans dilation (2). »

Mais rien n'empêche qu'en connaissance de cause, ce délai ne puisse être prorogé par le juge, dans le cas, par exemple, où l'exécuteur testamentaire aurait été entravé dans ses opérations par des contestations, ou autrement; ou bien encore, s'il était prouvé que le délai fût insuffisant pour remplir la mission portée dans le testament. Telle était l'ancienne jurisprudence attestée par Dumoulin (3), Ferrières (4) et Ricard (5). Nous pensons qu'il y a lieu aujourd'hui de décider de même, et la cour de Corse l'a jugé le 1er juin 1822 sur nos conclusions conformes (6).

2000. Mais ce délai d'an et jour, à compter du décès, ne pourrait être étendu par la volonté du testateur. Les termes

de Pansey, *Traité de la compétence*, p. 396 et suiv.). Voy. aussi Merlin, Répert., v° *Complainte*, § 3, art. 2, p. 663. *Junge* Pothier *sur Orléans, loc. cit.* Delaurière *sur Loisel*, l. 5, t. IV, art. 16.

(1) Voy. les coutumes citées par Ferrières *sur Paris*, à la conférence sur l'art. 297.

(2) *Sur Nivernais, Des testaments*, art. 2.

(3) *Loc. cit.*, n° 12.

(4) *Sur Paris*, art. 297, glose 1, nos 28 et suiv.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Junge* Grenier, n° 330. Voy. *contra*, Toullier, t. V, n° 594.

de notre article le disent suffisamment. L'article primitif était ainsi conçu : « Il pourra leur donner la saisine pendant » l'an et jour, à compter de son décès, du tout ou seulement » d'une partie de son mobilier (1). » Cette rédaction indiquait bien évidemment que le testateur, en donnant la saisine, devait la renfermer dans un délai d'un an. Toutefois, le Tribunat pensa qu'il fallait apporter encore plus de précision dans le texte, et, pour que le délai ne pût, dans aucun cas, être étendu, il proposa la rédaction qui est devenue celle de l'art. 1026 (2).

Ces circonstances montrent donc clairement quelle a été l'intention positive du législateur (3), et ce serait la méconnaître que de donner effet à la volonté du testateur qui ordonnerait que la saisine de son exécuteur testamentaire durât plus que l'an et jour.

Remarquez, d'ailleurs, que la saisine qui est, comme dit Coquille (4), ordonnée de droit spécial, ne doit pas faire un long obstacle à la saisine de fait de l'héritier. Ce serait trop s'écarter de la règle fondamentale : *le mort saisit le vif*. Ce serait une limitation trop grande au droit de l'héritier.

2001. Bacquet (5) donne une énumération des meubles dont l'exécuteur testamentaire a la saisine. Ce sont les deniers comptants, la vaisselle d'argent, les ustensiles d'hôtel, les habits, bagues, joyaux, les dettes actives, les arrérages

(1) Fenet, t XII, p. 386.

(2) Fenet, t. XII, p. 462 *in fine*.

(3) Voy. cependant, *contra*, MM. Delvincourt, t. II, p. 373, et Duranton, t. IX, nos 398 et 400. — Du reste, en tout état de cause, les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire doivent être considérés comme expirés, lorsqu'ils sont devenus sans utilité pour la réalisation de la volonté du testateur, par suite de la délivrance des legs et de la fin des instances dans lesquelles l'exécuteur testamentaire aurait eu qualité pour intervenir. Req. 19 avril 1859 (Dalloz, 59, 1, 278; Devill., 59, 1, 411; *J. Pal.*, 1860, p 445.)

(4) *Sur Nivernais*, *Des testaments*, art. 2.

(5) *Du droit de bâtardise*, ch. 7, n° 5.

et rentes, louages de maison, moissons de grains dus et échus au jour du décès du testateur; mais non pas les fruits, moissons, louages et arrérages qui écherront pendant l'an de la saisine. Ces choses sont considérées comme immeubles par rapport à l'exécuteur testamentaire (1); car le testateur n'a pu lui donner la saisine que du mobilier existant à son décès. Il était cependant d'usage, au Châtelet de Paris (2), que l'exécuteur testamentaire reçût les fruits échus pendant son administration, et l'on pense assez généralement (3) que cet usage doit être maintenu aujourd'hui.

2002. Nous venons de dire que la saisine comprend les dettes actives du défunt existant dans la succession (4). Or, l'exécuteur qui s'en trouve saisi après l'inventaire (5), doit exiger le payement de ces dettes, et s'il y avait une faute de sa part, et que, par son fait, les débiteurs devinssent insolvables, il pourrait être déclaré responsable, comme ayant manqué à la diligence qui doit le distinguer dans son administration (6). Il faut remarquer, cependant, que l'exécuteur testamentaire remplit un office précis, presque toujours désintéressé, et que sa gestion doit être appréciée avec équité (7).

2003. Une autre conséquence de la saisine du mobilier donnée à l'exécuteur testamentaire, c'est qu'il doit payer les legs mobiliers (8); mais il ne doit le faire qu'après avoir

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 40.

(2) Rousseaud de Lacombe, v° *Exécut. testam.*, n° 7.

(3) Toullier, t. V, n° 587. Delvincourt, n° 5, sur la p. 39. M. Poujol, n° 6, sur l'art. 1031. Voy. *contra*, M. Coin-Delisle, n° 4, sur l'art. 1027.

(4) Bacquet, *loc. cit.* coutume de Nivernais, *Testam.*, art. 8. Voy Coquille sur cet article.

(5) Coquille, *loc. cit.*

(6) Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 34.

(7) Ferrières *sur Paris*, art. 297, glose 2, n° 23. *Infra*, sur l'art. 1031.

(8) Art. 1027 du C. Nap. Loisel, *Instit*, l. 2, t. IV, n° 15.

appelé les héritiers (1); car ces derniers ont intérêt à connaître s'il n'y a rien à dire contre le testament, et si les legs ne font pas obstacle au payement des dettes (2). (On sait que les dettes doivent être payées avant les legs.) Et si les héritiers s'opposent, l'exécuteur testamentaire pourra toujours temporiser jusqu'à ce que le juge en ait ordonné (3).

2004. Une autre conséquence de la saisine des meubles, c'est que l'exécuteur testamentaire doit concourir au payement des dettes. Il est vrai que ce n'est pas là un office précis de l'exécuteur testamentaire, puisque les dettes sont indépendantes du testament et que l'exécuteur testamentaire n'est préposé qu'à l'exécution de cet acte de dernière volonté (4). Mais c'est une suite de la saisine (5); et il est clair que l'exécuteur testamentaire, étant saisi de l'actif, doit veiller à ce que les dettes ne restent pas en souffrance (6). Mais nous remarquerons que l'exécuteur testamentaire ne doit rien faire sans se concerter avec l'héritier; c'est un point qu'il ne doit pas oublier. A moins qu'il ne s'agisse de dettes très-urgentes, tout à fait liquides (7), et ayant, comme dit Coquille (8), considération spéciale de pitié, l'exécuteur testamentaire aura la prudence de ne pas engager sa res-

(1) Orléans, art. 291. Sens, art. 74. Nivernais, *Testaments*, art. 2. Coquille sur cet article.

(2) Coquille, *loc. cit.*

(3) Coquille, *loc. cit.*

(4) Dumoulin, art. 95, *sur Paris*, n° 13 : «... *Quia debita non sunt onus testamentorum.* »

(5) Ricard, part. 2, n° 76.

(6) Loisel, *Inst. coutum.*, t. II, art. 4, n° 15. Nivernais, *Des testaments*, art. 7. Sens, art. 77. Berry, *Des testaments*, art. 22. Auxerre, art. 234. Melun, art. 254. Troyes, art. 115. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 2, § 3.

(7) Legrand *sur Troyes*, art. 115, n° 6.

(8) Coquille *sur Nivernais*, *Testaments*, art. 7.

ponsabilité par des payements précipités, qui pourraient lui être reprochés par l'héritier.

2005. Il suit de là que les créanciers de la succession qui voudront intenter leur action prudemment, ne devront pas se borner à mettre en cause l'exécuteur testamentaire pour obtenir le payement de leurs créances mobilières, il faudra qu'ils assignent aussi l'héritier. Sans quoi le jugement rendu contre l'exécuteur testamentaire seul n'aurait pas contre l'héritier l'autorité de la chose jugée (1); car l'exécuteur testamentaire n'a mandat de représenter l'héritier que dans les choses mêmes découlant du testament et confiées à ses soins, et nous avons dit que le payement des dettes ne rentre pas par lui-même dans cette classe.

Article 1027.

L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le payement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce payement.

SOMMAIRE.

2006. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

2006. Avant le Code Napoléon, quelques coutumes autorisaient l'héritier à faire cesser la saisine testamentaire en donnant caution (2). Mais Ricard (3) nous apprend que ce point faisait difficulté dans la plupart des pays dont la coutume ne contenait point de disposition précise à cet égard.

(1) Cassat. (chambre civ.), 18 août 1825 (Devill., 8, 1, 106).
(2) Nivernais, *Testaments*, art. 6. Meaux, art. 35. Bourbonnais, art. 295.
(3) Part. 2, nos 82 à 85.

L'art. 1027 a eu pour but de mettre fin à ces contestations. L'héritier pourra donc faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le payement des legs mobiliers.

La saisine, en effet, n'est pas établie dans l'intérêt des exécuteurs testamentaires, et elle n'a d'autre but que d'assurer le payement des legs mobiliers ; il est donc juste que l'héritier puisse la faire cesser, en mettant à la disposition de l'exécuteur testamentaire somme suffisante pour acquitter ces legs.

C'est par application de cet article, que la cour de Bruxelles (1) a jugé que, dans une espèce où le testateur avait ordonné que tous les biens seraient vendus par les soins de son exécuteur testamentaire, les héritiers avaient pu, en offrant une somme suffisante pour l'acquittement des legs, empêcher la vente de ces biens.

ARTICLE 1028.

Celui qui ne peut s'obliger, ne peut être exécuteur testamentaire.

SOMMAIRE.

2007. Pourquoi la loi exige, pour ce mandat, la capacité du mandataire.

2008. Il suffit de la capacité au moment de l'exécution.

2009. Les femmes peuvent remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de recevoir n'empêchent pas d'être exécuteur testamentaire : ainsi le médecin, le prêtre, l'enfant naturel, etc.

2011. Les héritiers et légataires peuvent aussi être exécuteurs testamentaires.

2012. Les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire n'ont rien d'incompatible.

(1) 16 mars 1811 (Devill., 3, 2, 446).

2013. *Quid* de la capacité d'une personne insolvable?

COMMENTAIRE.

2007. Il résulte de l'art. 1990 du Code Napoléon, qu'on peut choisir un mandataire, même parmi les personnes incapables de s'obliger, sauf au mandant à s'imputer à lui-même, si, à raison de l'incapacité personnelle du mandataire, son action en responsabilité contre ce dernier échoue (1). Ici, bien que l'exécuteur testamentaire soit un mandataire, la loi a cependant exigé que les personnes sur lesquelles le choix du testateur peut porter, fussent capables de s'obliger. La raison est facile à saisir. Dans le mandat ordinaire, c'est le mandant seul qui souffre de l'incapacité de son mandataire ; et il a toujours la ressource de le révoquer si bon lui semble ; tandis que s'il s'agit d'un exécuteur testamentaire, ce sont les héritiers ou les légataires que l'incapacité du mandataire pourra léser, sans qu'ils aient participé à sa nomination et sans qu'ils aient droit de le révoquer.

2008. Il faut donc que la personne nommée exécuteur testamentaire soit capable de s'obliger; mais cette capacité n'est exigée qu'au moment de l'exécution, et le choix du testateur peut porter sur une personne qui était encore mineure au moment de la confection du testament, pourvu qu'elle soit majeure au temps où elle sera appelée à accepter le mandat.

2009. Les articles suivants s'occupent du cas dans lequel une femme mariée, ou un mineur émancipé ou non, ont été nommés exécuteurs testamentaires. Nous renvoyons au commentaire de cet article les questions qui se rapportent plus spécialement à ces sortes de personnes.

Bornons-nous à dire ici qu'une femme, qui n'est pas en puissance de mari, n'a besoin d'aucune autorisation pour

(1) Mon *Commentaire du mandat*, nos 329 et suiv.

pouvoir remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire. Ces fonctions ne sont pas publiques et peuvent être remplies par toutes sortes de personnes (1).

La cour de Colmar (2) a fait application de ces principes, dans un cas où un testateur avait choisi un étranger pour exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de certaines personnes de recevoir par testament n'emportent pas incapacité pour les fonctions d'exécuteur testamentaire : par exemple, le médecin qui aurait donné des soins au testateur pendant la dernière maladie, le prêtre qui l'aurait assisté à ses derniers moments (3), le conjoint en deuxièmes noces, ou l'enfant naturel qui aurait déjà reçu, du vivant du testateur, tout ce qu'il était permis de leur donner, peuvent être nommés exécuteurs testamentaires. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence; c'est pourquoi dans les coutumes, qui ne permettaient pas au mari de donner par testament à sa femme *aut vice versa*, un mari ne laissait pas de pouvoir nommer sa femme exécutrice testamentaire (4).

2011. Aucune disposition non plus ne défend aux héritiers et légataires d'être exécuteurs testamentaires. Disons toutefois, avec M. Toullier (5), que l'héritier qui voudrait attaquer le testament devrait refuser la mission d'exécuteur testamentaire; autrement, il s'exposerait à être repoussé plus tard comme ayant approuvé le testament.

2012. Il n'y a point pareillement d'incompatibilité entre les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire.

(1) Coquille, *Nivernais, Testam.*, art. 2. Ricard, part. 2, n° 67. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1. Grenier, n° 332.

(2) 8 novembre 1821 (Devill., 6, 2, 482). *Junge* Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1.

(3) Pau, 24 août 1825 (Devill., 9, 1, 192).

(4) Pothier, *loc. cit.*

(5) T. V, n° 579.

Loin d'être opposées, ces deux fonctions toutes de confiance semblent, au contraire, devoir se fortifier l'une par l'autre. Celui qui a reçu du père mourant la mission d'administrer la personne et les biens de son enfant, et à qui se trouvent ainsi confiés les plus chers intérêts du testateur, est mieux qu'un autre à même d'exécuter ses dispositions de dernière volonté. Aussi, l'on peut s'étonner que les tribunaux aient eu à se prononcer sur une pareille question (1).

2013. On demande si une personne sans biens est capable de recevoir un mandat d'exécuteur testamentaire. Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le testateur a connu l'état de fortune de l'exécuteur testamentaire au moment où il l'a nommé par son testament, et alors sa nomination doit tenir; car il a voulu suivre sa foi (2). Ou l'exécuteur testamentaire, solvable au moment de sa nomination, n'est devenu insolvable qu'après le testament, et si le testateur n'en a rien su, l'exécuteur testamentaire peut être révoqué (3), ou tout au moins contraint à donner caution (4) : on présume que le testateur ne l'eût pas nommé, s'il avait connu le dérangement de ses affaires. Ou bien, enfin, l'exécuteur testamentaire est tombé en déconfiture depuis son entrée en charge, et l'on doit rendre contre lui la même décision.

Article 1029.

La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari.

Si elle est séparée de biens, soit par contrat de

(1) Paris, 15 messidor an XII (Devill., 1, 2, 203).

(2) Papinien, l. 26, § 1, D., *Quand. dies leg. ced.*

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1.

(4) Coquille *sur Nivernais*, *Testam.*, art. 2 *in fine*. Argument de la loi 21, § 4, D., *De annuis legat.* (Scœvola.)

mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre *du Mariage*.

SOMMAIRE.

2014. Condition d'acceptation de la femme mariée à laquelle est déférée une exécution testamentaire.

2015. *Quid* si la femme possède des paraphernaux?

2016. Le mari qui a autorisé la femme commune à accepter une exécution testamentaire, est-il responsable sur ses biens propres?

COMMENTAIRE.

2014. La disposition de cet article prévoit le cas où une exécution testamentaire est déférée à une femme mariée, et comme conséquence de l'article précédent qui ne permet pas d'être exécuteurs testamentaires à ceux qui sont incapables de s'obliger, elle porte que la femme ne pourra accepter d'exécution testamentaire sans y avoir été autorisée par son mari ou par la justice, selon les cas.

Mais cet article ne se contente pas de faire ici l'application de la règle ordinaire qui décide que la femme mariée peut s'obliger en vertu de l'autorisation de justice à défaut du consentement du mari (1). Il va plus loin. Il distingue si la femme est ou non séparée de biens. Dans le cas où la femme n'est pas séparée de biens, elle ne pourra jamais accepter qu'avec le consentement du mari. L'autorisation de justice ne pourra point suppléer le refus du mari. Il en sera différemment dans le cas contraire, c'est-à-dire si la femme est séparée de biens soit par contrat de mariage, soit par jugement; alors, au refus de son mari, la femme pourra être autorisée par justice.

(1) Art. 217, 218, 219 du C. Nap.

Cette distinction a été introduite dans l'intérêt des héritiers. La loi n'a pas voulu que ces derniers se trouvent en présence d'un exécuteur testamentaire qui ne leur offre pas une pleine responsabilité. Or, on aperçoit que, dans tous les cas où la femme n'est pas séparée, la simple autorisation de justice, donnée à défaut d'autorisation du mari, n'offre pas aux héritiers un recours suffisant sur les biens appartenant à la femme dont le mari a la jouissance (1).

2015. Au cas de séparation de biens, il faut assimiler celui où la femme, étant mariée sous le régime dotal, possède des biens paraphernaux dont elle a la jouissance (2). Elle serait alors à l'égard de l'héritier dans la même position que si elle était séparée de biens, puisque ses biens paraphernaux en pleine propriété pourront garantir les éventualités de sa gestion. C'est là une omission du Code facile à expliquer. On sait que, dans le projet originaire du Code Napoléon, on n'avait point admis le régime dotal (3). Or, à l'époque de la rédaction de l'art. 1029, on n'avait pas encore discuté le titre du *Contrat de mariage*.

2016. On demande si l'autorisation donnée par le mari à la femme commune le rend responsable tant sur ses biens propres que sur les biens de la communauté ? Cette question devrait être résolue par l'affirmative, si l'on voulait prendre à la lettre l'art. 1419 du Code Napoléon. Mais, ainsi que nous l'avons expliqué ailleurs (4), cet article est fondé sur cette présomption, à savoir que le mari a donné son autorisation en vue des intérêts de la communauté et des siens propres. Et, quoique cette présomption soit la plus fréquente, elle n'est cependant pas absolue, et elle cesse dans

(1) Mon *Comment. du contrat de mariage*, t. II, nos 847 et 945.
(2) Art. 1536, 1576 du C. Nap.
(3) Fenet, t. II, p. 302 et suiv.
(4) Mon *Comment. sur le contrat de mariage*, nos 842 à 847.

le cas où la communauté ne retire aucun intérêt de l'acte autorisé (1). Or, le ministère de l'exécuteur testamentaire est un ministère pieux et gratuit par sa nature ; il n'a pas pour conséquence de produire des profits à la communauté, et si le mari autorise sa femme à l'accepter, ce n'est pas en vue d'un lucre, c'est par respect pour la volonté du défunt (2).

Cette décision devrait être suivie, lors même qu'une récompense modique (un diamant) serait attachée à l'exécution testamentaire (3). Car on ne peut pas supposer que le mari ait donné son autorisation par l'appât de cette rémunération, qui n'est qu'une marque de reconnaissance émanée du testateur.

Que, si l'exécutrice testamentaire était en même temps instituée légataire par le testament, il y aurait plus de difficulté (4). Il nous semble, cependant, que ce point doit être résolu par une distinction : ou il résulte du testament que le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, et alors l'autorisation donnée par le mari ne saurait engager sa responsabilité, puisqu'il n'a fait qu'habiliter sa femme pour un ministère qui dans le cas particulier ne cesse pas d'être gratuit. Nous disons qu'il ne cesse pas d'être gratuit, puisque le legs subsiste sans l'exécution testamentaire et l'exécution testamentaire sans le legs. Ou bien l'exécution testamentaire et le legs sont intimement liés ensemble, et alors on devrait

(1) Mon *Comment. sur le contrat de mariage*, nos 846, 1229 et 1231.

(2) MM. Vazeille sur l'art. 1029, no 2, et Coin-Delisle sur le même article, no 1, veulent que l'on applique ici l'art. 1419.

(3) Mon *Comment. sur le contrat de mariage*, no 846.

(4) MM. Delvincourt, t. II, no 10, sur la p. 100, et Dalloz, *Dispos. entre-vifs et Testam.*, ch. 8, sect. 2, no 3, pensent que, dans ce cas, il faut distinguer si le legs est mobilier ou immobilier, et n'appliquer l'art. 1419 que dans le cas où le legs est mobilier.

décider que l'autorisation du mari n'ayant pas été désintéressée, il demeure coobligé avec sa femme.

Article 1030.

Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.

SOMMAIRE.

2017. Difficulté que cet article a eu pour but de faire cesser.
2018. Quel serait le sort d'un legs fait à un mineur, en considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée?

COMMENTAIRE.

2017. Cet article est un deuxième corollaire de l'art. 1028, et une conséquence des art. 450 et suivants du Code Napoléon. En ne distinguant pas entre le mineur émancipé ou non, il a mis fin à une difficulté qui s'était élevée anciennement, d'après l'opinion de quelques auteurs, et notamment de Pothier (1), de savoir si le mineur émancipé ne pouvait pas accepter une exécution testamentaire, surtout lorsque les charges en étaient modiques (2).

2018. M. Delvincourt (3) s'est demandé quel serait le sort d'un legs fait à un mineur en considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée, et il a cru devoir faire la distinction suivante : si le testateur a cru le mineur en état de majorité, le legs est caduc ; car la condition sous laquelle il a été fait ne peut être accomplie. Que si, au contraire, le testateur a connu la minorité de celui qu'il nommait son exécuteur testamentaire, et qu'il gratifiait en cette qualité, la

(1) Pothier, *loc. cit.*
(2) Grenier, n 333.
(3) T. II, p. 376.

condition est simplement réputée non écrite, parce qu'elle est contraire aux lois, et le legs pourra recevoir son effet.

Cette distinction a été repoussée avec raison. En effet, qu'importe que le testateur connaisse ou non la minorité? S'il a entendu subordonner sa disposition à l'accomplissement de la condition, le legs ne pourra recevoir d'effet; et réciproquement, si le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, il n'en sera pas moins valable (1).

ARTICLE 1031.

Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.

Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs.

Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.

SOMMAIRE.

2019. Des prérogatives données par le Code à l'exécuteur testamentaire.

2020. Il doit faire apposer les scellés. — Réfutation d'une opinion de M. Pigeau.

(1) Dalloz, vol. 1, p. 121, no 6. Vazeille, n° 2, sur l'art 1030. Voy. *supra*, no 389, et *infra*, n° 2103 et suiv., art. 1038.

2021. L'offre de consigner les sommes nécessaires pour le payement des legs mobiliers enlève à l'exécuteur testamentaire le droit de requérir l'apposition des scellés.
2022. L'exécuteur testamentaire doit faire faire inventaire.
2023. Pourrait-il être dispensé de l'inventaire par le testateur ?
2024. Il doit provoquer la vente du mobilier.
2025. Il doit veiller à l'exécution du testament.
2026. Pourrait-il faire vendre les immeubles ?
2027. Des distributions de biens autorisées dans l'ancien droit.
2028. L'exécuteur testamentaire doit rendre compte de son administration.
2029. Comment ce compte doit être rendu.
2030. Ce que doit contenir le compte.
2031. Suite.
2032. L'exécuteur testamentaire ne peut prétendre à aucun salaire.
2033. Des intérêts qu'il doit ou qui lui sont dus.
2034. Caractère de l'action à laquelle il est soumis.

COMMENTAIRE.

2019. Nous avons vu, dans les articles qui précèdent, que les exécuteurs testamentaires ne sont que des mandataires irréguliers sous beaucoup de rapports. La disposition de cet article en est une preuve de plus. En effet, un simple mandataire, qui n'aurait pas de pouvoir spécial, ne pourrait ni faire inventaire, ni faire vendre, etc., comme la loi en donne virtuellement le droit à l'exécuteur testamentaire. Aussi, dans les pays de droit écrit où l'exécuteur testamentaire n'avait pas de maniement ni d'administration, et où on l'assimilait à un simple mandataire pour surveiller l'exécution du testament, n'avait-il pas les prérogatives dont parle notre article dans les trois premiers alinéas (1).

Mais le Code a voulu, conformément à l'esprit des coutumes, que l'exécuteur testamentaire restât ce qu'il a toujours été d'après les traditions nationales, c'est-à-dire un manda-

(1) Furgole, ch. 10 sect. 4, nos 25 et suiv., no 157.

taire ayant des attributions spéciales et un droit d'intervention conservatoire.

2020. En premier lieu, l'exécuteur testamentaire doit faire apposer les scellés. Mais M. Pigeau (1) a pensé que le paragraphe premier de notre article avait été abrogé par les articles 910, 911 du C. de proc.; et voici comment il raisonne :

« L'exécuteur testamentaire n'est point établi dans l'in-
» térêt des héritiers, mais bien dans celui des légataires
» pour lesquels il doit veiller. Si donc les héritiers mineurs
» ou interdits ont des tuteurs, c'est à eux à faire l'apposition
» des scellés. L'exécuteur testamentaire ne le peut pour
» eux. La preuve en est dans les art. 910, 911 du Code de
» procédure civile, desquels il résulte que le ministère pu-
» blic ne peut requérir, ni le juge de paix apposer les scellés
» d'office, quand le mineur a un tuteur, parce que c'est
» à celui-ci à y veiller. Si la loi décharge cet officier de
» ce soin, pourquoi l'exécuteur testamentaire en serait-il
» tenu?

» Si l'héritier est absent, ce n'est pas non plus à cet exé-
» cuteur à agir pour lui, mais bien au ministère public ou
» au juge de paix, auquel l'art. 911 enjoint de veiller pour
» l'héritier absent.

» L'exécuteur testamentaire ne peut donc, en aucun cas,
» requérir le scellé pour les héritiers; mais il le peut pour
» les légataires, si ceux-ci ne le font pas; et encore est-il
» des cas où il ne le peut pour ces derniers : 1° lorsque le
» légataire a un tuteur (argument des art. 910 et 911);
» 2° si les légataires sont majeurs, présents et non interdits;
» 3° si l'on offre de remettre à cet exécuteur somme suffi-
» sante pour le payement des legs mobiliers. »

(1) *Traité de procédure civile*, t. II, p. 579, n° 9.

Ce raisonnement de M. Pigeau pèche par sa base.

Ce n'est pas seulement dans l'intérêt des légataires, que les exécuteurs testamentaires ont été établis; c'est dans l'intérêt du testament, afin que la volonté du défunt sorte son plein et entier effet. Donc l'exécuteur testamentaire remplit sa mission lorsqu'il procède à des actes conservatoires qui ont pour but de maintenir l'ordre et l'intégrité dans les choses dont le testament a disposé. L'apposition des scellés est un acte conservatoire de ce genre; elle empêche que des mains indiscrètes, quelles qu'elles soient, ne s'emparent des meubles de la succession ou n'en détournent une partie. On peut avoir à redouter cette dilapidation de beaucoup de personnes autres que l'héritier. L'héritier peut être éloigné; le testateur peut être environné dans ses derniers moments de serviteurs infidèles qui se trouvent, pour ainsi dire, maîtres de toutes ses richesses, et peuvent les faire disparaître. Quel inconvénient y a-t-il à ce que l'exécuteur testamentaire fasse apposer les scellés et conserve, par ce moyen, les meubles de la succession? Cet acte est, à la vérité, dans l'intérêt de l'héritier; mais il est aussi dans l'intérêt des légataires. En un mot, il est dans l'intérêt du testament, et cela suffit pour le légitimer.

Si le Code de procédure ne fait pas intervenir le ministère public pour l'apposition des scellés quand le mineur a un tuteur, s'ensuit-il qu'il ôte à l'exécuteur testamentaire l'exercice d'un droit conservatoire que lui donne une disposition expresse du Code Napoléon? Comment M. Pigeau n'a-t-il pas vu que le surcroît de précautions que prend la loi pour assurer l'exécution du testament ne contient rien de contradictoire; qu'il rentre, au contraire, dans le but du législateur qui, par toutes les voies possibles, a voulu environner la volonté des mourants de remparts inattaquables, capables de la défendre contre tous les genres de mauvaise

foi et de malversation ? Qu'importe donc que l'héritier mineur ait un tuteur qui puisse demander l'apposition des scellés ? La garantie que procure cet acte, ne sera-t-elle pas bien mieux assurée, quand il y aura un exécuteur testamentaire qui sera là pour le requérir, si le tuteur n'est pas aussi vigilant?

2021. M. Pigeau dit que l'offre de consigner la somme nécessaire pour le payement des legs mobiliers, ôte à l'exécuteur testamentaire le droit de requérir l'apposition des scellés. Cette opinion est plus plausible : elle peut être corroborée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 16 mars 1811 (1). Cependant je ne la crois pas à l'abri de toute attaque. Il me semble que le droit de faire apposer les scellés est indépendant de la saisine donnée à l'exécuteur testamentaire; il n'autorise qu'à faire un acte conservatoire qui, dans certains cas, peut être requis par des étrangers, par les serviteurs et domestiques du défunt, par des personnes, enfin, qui n'ont rien à prétendre sur la succession. Or, l'offre de la somme nécessaire pour le payement des legs mobiliers fait cesser la saisine, comme le dit l'art. 1027; mais elle n'ôte pas à l'exécuteur testamentaire ses droits de surveillance et le pouvoir que la loi lui confère de prêter ses soins à l'exécution du testament (2).

2022. En deuxième lieu, l'exécuteur testamentaire doit faire faire inventaire; mais il faut que ce soit en présence de l'héritier présomptif ou lui dûment appelé (3). Cet inventaire doit comprendre non-seulement les meubles, dont la saisine a pu être donnée à l'exécuteur, mais encore tous les

(1) Devill., 3, 2, 446.

(2) *Junge* Berriat-Saint-Prix, p. 690, note 5, n° 2. Carré et Chauveau (Adolphe), *quest.* 3063.

(3) Coutume de Nivernais, *Testament*, art. 2. Loisel. l. 2, t. IV, n° 15. Coutume de Paris, art. 297.

biens de la succession. Ce qui me semble prouver encore que les obligations tracées dans l'article 1031 subsistent toujours, quoique la saisine ait cessé par l'effet de l'article 1027; et que si l'exécuteur testamentaire doit faire inventaire, ce n'est pas pour constater les forces du mobilier dont il se charge, mais pour déterminer celles de la succession entière, afin d'éviter les dégradations ou malversations. Car, si tel n'eût pas été le but de la loi, elle aurait chargé l'exécuteur testamentaire de faire l'inventaire des meubles lorsqu'il en a la saisine, mais non pas de faire l'inventaire de toute la succession dont il n'est pas saisi.

2023. L'exécuteur testamentaire pourrait-il être, par le testament, dispensé de cet inventaire? Cette question était controversée dans l'ancien droit. Les uns (1) pensaient que l'exécuteur testamentaire ne pouvait être déchargé de l'obligation de faire inventaire en vertu du principe : *nemo potest suo testamento cavere ne leges in suo testamento locum habeant* (2). D'autres estimaient, au contraire, que le testateur, qui pouvait léguer ses meubles et effets mobiliers à l'exécuteur testamentaire, pouvait, à plus forte raison, le dispenser de faire inventaire (3). Mais il faut remarquer que cette controverse découlait d'une législation qui donnait toujours la saisine des meubles à l'exécuteur testamentaire, et qui, d'après l'interprétation des auteurs, exigeait seulement qu'il fît inventaire des biens meubles dont il avait la saisine, afin de constater l'intégrité de son administration et de poser les bases du compte qu'il avait à rendre.

Aujourd'hui, il n'en est pas de même : l'exécuteur testamentaire n'a pas la saisine de plein droit, et, de plus, l'in-

(1) Ferrières *sur Paris*, art. 297, n° 7, glose 2. Bacquet, *Droit de bâtardise*, n°s 17 et 18.

(2) Pomponius, l. 55, D., *De legat.*, 1°.

(3) Ricard, part. 2, n° 487. Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 27.

ventaire, que la loi l'oblige à faire, comprend non-seulement les meubles, mais encore les immeubles de la succession.

Et d'abord, lorsque l'exécuteur testamentaire n'a ni l'administration ni la saisine, qu'il est réduit au rôle de surveillant, comme cela arrive, sous le Code Napoléon, dans tous les cas où le testateur ne lui a pas donné expressément la saisine, nul doute que le testateur n'ait le droit de le dispenser de faire inventaire des biens de la succession. Maître de ne pas nommer un ministre spécial pour l'exécution de ses volontés, il peut, à plus forte raison, restreindre ses devoirs.

Mais s'il a la saisine des meubles, s'il a un maniement de deniers considérables, s'il est chargé de payer les dettes de la succession, comme le testateur peut lui en donner la mission, la question est plus difficile. Pour la résoudre, il faut distinguer :

Ou le testateur l'a dispensé de faire inventaire des meubles et immeubles ;

Ou il l'a dispensé de l'inventaire des immeubles seulement.

Le deuxième cas ne peut donner lieu à controverse. L'inventaire des immeubles n'est mis à la charge de l'exécuteur testamentaire que comme un moyen de surveillance générale dont on peut le dispenser.

Mais, dans le premier cas, l'obligation de faire inventaire, et inventaire des meubles, a un double objet : de déterminer les forces de la succession et de fixer les valeurs mobilières dont l'exécuteur a pris la possession. Sous ce dernier point de vue, l'inventaire des meubles se rattache à un principe de bonne foi qui doit diriger l'exécuteur testamentaire dans son maniement; et comme on ne peut dispenser de la bonne foi, M. Grenier (1) a émis l'avis que le testateur

(1) N° 337.

ne peut dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire.

Mais je ne vois pas de raison pour s'écarter de l'opinion de Ricard et de Furgole, opinion conforme à plusieurs textes formels du droit romain, et notamment à la loi dernière, § *Procul dubio*, au Code, *Arbitrium tutelæ*. La dispense de faire inventaire ne peut avoir pour résultat de favoriser la mauvaise foi. L'exécuteur testamentaire sera toujours soumis à la diligence d'un bon père de famille; et s'il manque à cette diligence par des détournements, les intéressés ne seront pas privés du droit de l'actionner de ce chef, pour voir dire qu'il a reçu plus qu'il ne veut avouer (1).

Sous l'ancienne jurisprudence, Pothier donnait une raison qui pouvait avoir une grande autorité; il disait que l'exécuteur testamentaire, ne tenant sa saisine que de la loi, ne pouvait l'avoir que sous les conditions imposées par la loi (2). Mais cette raison n'est plus admissible aujourd'hui, puisque, d'après l'art. 1026 du Code Napoléon, c'est de la volonté du testateur que l'exécuteur testamentaire tient la saisine. Or, *provisio testatoris hominis facit cessare provisionem legis.*

Du reste, M. Toullier remarque très-bien que la dispense de faire inventaire serait inutile, s'il y avait des héritiers à réserve, parce que, pour constater l'étendue de la portion disponible, il faut nécessairement énumérer les choses de la succession.

2024. En troisième lieu, l'exécuteur testamentaire doit provoquer la vente du mobilier; mais ce n'est que dans le cas où les deniers sont insuffisants pour payer les legs mobiliers. Cette disposition a pour objet de procurer l'exécu-

(1) Toullier, t. V, n° 604.
(2) *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 3.

tion du testament. Elle a lieu soit que l'exécuteur testamentaire ait ou non la saisine du mobilier; car le Code ne distingue pas. Mais les héritiers peuvent, en offrant somme suffisante pour acquitter les legs, empêcher l'exécuteur testamentaire de mettre en vente les biens meubles de la succession. Quel intérêt l'exécuteur testamentaire aurait-il à poursuivre avec rigueur la vente du mobilier, puisque les héritiers lui fournissent les moyens de les acquitter? Remarquez que ce n'est qu'à défaut de deniers suffisants que l'art. 1031 se prête à la vente du mobilier : or, on ne peut pas dire qu'il n'y a pas de deniers suffisants, lorsque les héritiers offrent les fonds nécessaires pour satisfaire aux dernières volontés du testateur. D'un autre côté, les héritiers peuvent avoir un grand intérêt à empêcher la vente des meubles. Il est possible qu'il y ait dans le mobilier des objets ayant pour eux un prix d'affection, et qu'ils tiennent à conserver. Ne serait-ce pas pousser la loi dans des rigueurs extrêmes et inutiles que de refuser aux héritiers cette satisfaction (1)?

2025. En quatrième lieu, l'exécuteur testamentaire doit veiller à ce que le testament soit exécuté, et il peut intervenir sur les contestations qui en attaquent la validité.

Ce droit de veiller à l'exécution du testament n'est pas limité à un an, comme la saisine; il dure tant qu'il y a des dispositions dont l'héritier n'a pas encore procuré l'exécution.

Il donne à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de faire assigner l'héritier, pour satisfaire aux dispositions qui lui sont imposées par le testament et qu'il néglige.

Ici se présente la question de savoir si l'exécuteur testamentaire, ne pouvant pas payer les legs avec la vente du

(1) Bruxelles, 16 mars 1811 (Devill., 3, 2, 446).

mobilier, est autorisé à contraindre l'héritier à vendre des immeubles, pour arriver à assurer ainsi l'exécution de la volonté du testateur.

Cette question était résolue pour l'affirmative, dans plusieurs coutumes (1); et la pratique avait fait généralement adopter cette solution dans les autres coutumes. Ricard (2) trouvait cependant beaucoup à redire à cet usage là où la coutume ne parlait que des meubles. Sous le Code aussi il n'a été question que des meubles; mais l'art. 1031, en chargeant l'exécuteur testamentaire de veiller à ce que le testament soit exécuté, a par cela même reconnu à l'exécuteur testamentaire le droit de contraindre l'héritier à faire vendre les immeubles pour l'exécution du testament (3).

2026. Il y a plus : l'exécuteur testamentaire pourrait lui-même faire vendre les immeubles, s'il en avait été chargé par le testateur : et ce mandat spécial, en dehors de la mission ordinaire qui lui est reconnue par notre article de faire vendre le mobilier, ne dépasserait pas les pouvoirs du testateur (4). Nous avons dit, en effet (5), que la mort du mandant ne met point fin au mandat, lorsque le mandat est donné pour être exécuté après la mort du mandant. Or, c'est d'un mandat de cette nature qu'il s'agit alors.

(1) « ... Au cas que les meubles ne suffisent pas pour l'accomplissement » du testament, l'exécuteur testamentaire doit demander en justice qu'il lui » soit permis de vendre quelques immeubles, après sommation faite à l'hé- » ritier, et à son refus. » (Ferrières *sur Paris*, art. 297, glose 2, n° 9. *Junge* Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 41. Coutume de Nivernais, *Testament*, art. 4. Meaux, art. 38. Bretagne, ancienne coutume, art. 574. Châlons, art. 75. Blois, art. 75.

(2) Part. 2, n° 78.

(3) Toullier, t. V, n° 593. Pau, 24 août 1825. Cet arrêt, il est vrai, a été cassé le 26 nov. 1828, mais sur le motif qu'il s'agissait d'un legs fait au profit d'une église, et pour l'acceptation duquel l'autorisation du gouvernement était nécessaire (Devill., 9, 1, 192).

(4) *Supra*, au n° 270, voyez une espèce qui rentre dans cette question.

(5) *Supra*, n° 1992.

La mission de l'exécuteur testamentaire peut être aussi variée que la volonté des testateurs. Par sa mission légale, l'exécuteur testamentaire n'est chargé que de payer les legs et de veiller à l'accomplissement du testament. Mais rien n'empêche le testateur d'élargir ce mandat légal ; nous avons vu qu'il peut donner à son exécuteur testamentaire la saisine des meubles. De plus, il est constant en principe qu'il peut le charger de faire recette et emploi de sommes dues (1). On ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas lui donner le mandat de faire vendre tels ou tels biens, meubles et même immeubles de la succession, pour payer les dettes.

Un tel mandat n'a rien de contraire à l'ordre public, et pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux réserves établies par la loi, il doit être respecté.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Bruxelles, du 2 août 1809 (2). Bien entendu, du reste, que cette vente doit être faite de manière à ne pas porter préjudice aux héritiers. Et c'est aussi ce que décide ce même arrêt qui, tout en respectant le mandat de vendre, oblige l'exécuteur testamentaire à le remplir avec les précautions de publicité et de concurrence propres à procurer le plus haut prix et la plus grande somme de sécurité.

La légalité d'un tel mandat a cependant été contestée d'une manière fondamentale par un arrêt de la cour de Riom, du 24 juin 1839, rapporté par M. Bayle-Mouillard (3). Je voudrais en bien connaître l'espèce et les faits précis : je ne les trouve dans aucun recueil, et M. Bayle-Mouillard a omis quelques circonstances qu'il y aurait intérêt à savoir. Quoi qu'il en soit, voici ce que cet auteur en rapporte.

Un testateur, sans en faire la condition d'aucun legs, avait

(1) Brillon, v° *Exécut. testam.*, n° 11.
(2) Devill., 3, 2, 112.
(3) *Sur Grenier*, n° 154, t. 1, p. 698.

autorisé sa femme à vendre de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, pour l'employer à l'acquit de ses dettes passives. Mais les ventes consenties par la femme, en vertu de cette autorisation, furent annulées par les motifs suivants :

« Considérant que le contrat de mandat ayant pour objet » de faire représenter le mandant et de pourvoir, par l'in- » termédiaire d'un tiers, à l'exécution de sa volonté, devait » nécessairement finir à son décès, époque à laquelle il » cessait d'en avoir une, et où il se trouvait remplacé par » ses héritiers testamentaires ou *ab intestat;* que ce terme » assigné au mandat par la raison est formellement prescrit » par l'art. 2003 du Code Napoléon ;

» Considérant que si, par déférence pour la volonté des » testateurs, la loi a permis d'instituer des exécuteurs testa- » mentaires qui, n'étant pas des héritiers; peuvent être » regardés comme mandataires, cette faculté ne donne lieu » qu'à un mandat tout exceptionnel, qui, par là, doit être » soigneusement renfermé dans les limites qui lui ont été » imposées;

» Considérant que, dans les dispositions par lesquelles le » Code règle les pouvoirs des exécuteurs testamentaires, on » voit, art. 1026, que le testateur pourra leur donner pour » un an seulement la saisine de tout ou partie de son mobi- » lier; et art. 1031, qu'ils provoqueront la vente de ce » mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les » legs; mais que, dans aucune, on ne trouve la faculté » d'accorder la saisine des immeubles et le pouvoir de les » vendre sans formalités de justice et sans le concours des » héritiers;

» Considérant qu'on ne peut pas dire que les dispositions » de l'art. 1026 sur la saisine du mobilier ne sont que dé- » monstratives, et n'excluent pas la faculté d'accorder la

» saisine des immeubles; que les expressions dans lesquelles
» ces dispositions sont conçues, et les principes sur le man-
» dat et la transmission des biens par décès s'opposent à ce
» qu'une semblable interprétation puisse être adoptée;
» qu'en effet, en disant que le testateur pourra donner la
» saisine de son mobilier pendant un an, et en gardant le
» silence sur la saisine des immeubles et la faculté de les
» vendre, l'art. 1026 fait bien évidemment entendre qu'il
» règle par là l'étendue du pouvoir qui peut être accordé à
» l'exécuteur testamentaire, qu'elle soit ou non déterminée
» par le testament qui l'institue, puisqu'il statue d'une ma-
» nière générale, sans application particulière et exclusive
» à l'une ou l'autre de ces circonstances. »

Cet arrêt a été critiqué avec raison. D'abord il est certain, en droit, que le principe d'après lequel le mandat finit par la mort du mandant, reçoit nécessairement exception, lorsque l'affaire qui en est l'objet est de nature à ne pouvoir se faire qu'après sa mort. Il est étonnant de trouver ce point méconnu dans un arrêt doctrinal. D'un autre côté, pourquoi la cour de Riom a-t-elle refusé de voir, dans le mandat donné à l'épouse, une exécution testamentaire? Est-ce parce que ce mandat ne rentre pas dans les exemples donnés dans l'art. 1031 du Code Napoléon? Mais de ce que cet article a signalé quelques-uns des pouvoirs qui rentrent de plein droit dans le mandat de l'exécuteur testamentaire, il ne s'ensuit pas que la volonté du testateur ne puisse pas étendre, suivant les circonstances, l'autorité de celui qui a toute sa confiance. L'arrêt argumente de ce que la loi ne permet pas de donner la saisine des immeubles. Nous sommes les premiers à en convenir (1). Mais il ne fait pas attention que c'est là ne rien dire : car autre chose est la saisine

(1) *Supra*, nos 1994 et suiv.

des biens, autre chose le droit de les faire vendre. Comment n'a-t-il pas vu que l'exécuteur testamentaire vend les meubles, lors même qu'il n'en a pas la saisine (1), et qu'il résulte de là une preuve irrécusable que le droit de vendre n'est pas lié à la saisine? Il est vrai que la loi ne lui donne que le droit de provoquer la vente du mobilier, même quand le testament n'a pas parlé de la saisine; mais il n'est pas exact d'en conclure que le testateur ne peut pas lui conférer des pouvoirs plus étendus. Les art. 1026 et suivants sont plutôt faits pour indiquer la capacité ordinaire des exécuteurs testamentaires et suppléer au silence du testateur, que pour limiter sa puissance sur ce qui n'excède pas la portion disponible; et après tout, il serait étrange que le testateur ne pût faire vendre à son gré les biens dont il peut disposer comme il lui plaît.

2027. Au surplus, il doit être bien compris que lorsque nous nous montrons facile à admettre les extensions données par la volonté du testateur au mandat de l'exécuteur testamentaire, c'est à la condition que ce mandat ne sera pas en opposition avec les principes du droit. C'est pourquoi nous repoussons, sous le Code Napoléon, l'usage dont parle Furgole (2), qui permettait aux testateurs d'ordonner que leurs biens seraient distribués par leur exécuteur testamentaire comme bon lui semblerait, et sans désigner les personnes qui prendraient part à cette distribution. Dans la plupart des cas, cette disposition est considérée comme faite à personnes incertaines; c'est un point que nous avons examiné ci-dessus (3).

2028. Enfin, en cinquième lieu, l'exécuteur testamentaire

(1) Art. 1031. Bruxelles, 2 août 1809 (Devill., 3, 2, 112).

(2) Ch. 10, sect. 4, n° 52. *Junge* Boniface, arrêts du parlement de Provence, t. II, l. 2, t. 1, ch. 3.

(3) Nos 544 et suiv.

doit rendre compte de son administration. On sait que le mandat produit deux actions : l'une directe, qui compète au mandant pour lui faire rendre compte ; l'autre contraire, qui compète au mandataire pour se faire rembourser des dépenses qu'il a faites (1). Notre disposition est une conséquence de ce principe.

Mais l'exécuteur testamentaire est-il obligé de rendre compte, lorsque le testateur l'en a dispensé ? Il faut répondre d'une manière affirmative à cette question ; car la dispense de rendre compte ne sous-entend que la dispense de répondre des fautes et négligences commises dans sa gestion ; mais elle ne soustrait pas à l'obligation de rendre compte du dol (2). L'exécuteur testamentaire n'en serait pas moins tenu, s'il y avait un reliquat, d'en faire le payement ; c'est ce que tous les jurisconsultes s'accordent à décider pour le cas du tuteur que son pupille a dispensé de rendre compte. « *A reliquorum restitutione tutor non liberatur ex eo quod ei* » *ab ipso pupillo, cui ratio reddenda est, liberatio a rationum* » *redditione legata fuit* (3). »

2029. Le compte doit être rendu à l'amiable, ou sinon en justice devant les juges du domicile du comptable (4). Cependant la plupart des auteurs (5) soutiennent que, d'après l'art. 59 du Code de procédure civile, le compte doit

(1) Caïus, l. 46, § 4, D. *De procurat*. Voy. le titre *Mandati vel contra*, au Dig. Coutume de Nivernais, *Testam.*, art. 9.

(2) *Supra*, n° 257.

(3) Voët, *Ad Pand.*, *De tutel. et ration.*, n° 11. Menochius, *De præsumpt.*, l. 4, *pr.* 164. n° 12. Gomezius, *Variar. resol.*, l. 2, cap. 12, n° 83. Covarruvias, *Variar. resol.*, l. 2, cap. 14, n° 4. Voy. *contra*, Ferrières *sur Paris*, 297, glose 2, n° 19.

(4) Art. 527 du C. de procédure civile.

(5) Toullier, t. V, n° 603. MM. Dalloz, ch. VIII, sect. 3, n° 33. Poujol, n° 9, sur l'art. 1031. Roland de Vill., *Rép. notar.*, v° *Exécut. testament*, n° 117. Vazeille, n° 2, sur l'art. 1034. Coin-Delisle, n° 9, sur l'article 1031.

être rendu devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Mais cette opinion a été repoussée avec raison par un arrêt de la cour de Paris du 2 juillet 1839 (1).

2030. L'exécuteur testamentaire doit se charger, dans le compte, de tout ce qu'il a reçu : *ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet* (2). Il doit aussi rendre compte de ce qu'il a fait contre les règles de son devoir, de ce qu'il a négligé, et de ce qu'il n'a point fait devant le faire (3).

2031. Mais s'il ne doit profiter de rien, il ne doit souffrir aucun dommage de la commission, comme nous venons de le voir, et il doit se retirer indemne, *abire indemnis*. C'est ce qui est décidé par l'art. 1034 (4). Il peut donc se faire rembourser de ce qu'il a fait pour la libération de la succession, et de tous les frais et impenses par lui faits, tels que les frais funéraires et autres semblables, à l'égard desquels la coutume du Bourbonnais (5) disait qu'il devait en être cru sur son serment, pourvu qu'il eût agi selon la coutume du lieu et la qualité du défunt (6).

Il doit aussi être indemnisé des frais qu'il a faits de bonne foi, soit en poursuivant des procès, soit en y défendant. Mais, pour cela, il faut qu'il ait dénoncé ces procès à l'héritier, si celui-ci n'en avait pas connaissance ou n'y était pas partie (7).

2032. Du reste, il ne peut prétendre à aucun salaire pour son administration; car il remplit un office d'ami, une charge purement gratuite. Le mandat doit d'ailleurs être gratuit. La loi 88, au Digeste, *De legatis*, 2°, peut s'appliquer à l'exé-

(1) Devill., 39, 2. 372. *J. Pal.*, 1839, 2, 335.
(2) Paul, l. 20, D., *Mandati*.
(3) L. 11, 13, 21, *Mandati*. Furgole, ch. 10, sect. 4, n° 68.
(4) *Infra*, n° 2044.
(5) Art. 296.
(6) Ulpien, l. 12, § 5, D., *De religios*.
(7) Furgole, *loc. cit.*, n° 69. Toullier, t. V, n° 590.

cuteur testamentaire, et elle contient un exemple qui confirme notre principe. On peut en dire autant de la loi 49, § dernier, au Code, *De sacrosanct. ecclesiis*, qui défend à ceux qui sont préposés pour l'exécution des dispositions pieuses, de retirer aucun profit de leur administration (1).

Remarquez, d'ailleurs, que le testateur peut, s'il le veut, faire un legs à son exécuteur testamentaire pour le récompenser d'avance de ses soins. Mais, si le testateur n'a rien ordonné, l'exécuteur testamentaire ne peut rien prétendre.

Coquille disait, cependant (2), que le juge pouvait attribuer à l'exécuteur testamentaire une récompense arbitrée suivant la qualité de la personne, la difficulté des affaires, le temps employé, et en tenant compte aussi des facultés du défunt.

Nous croyons, cependant, que la charge de l'exécuteur testamentaire est, par sa nature, honorifique, et qu'il ne serait pas bienséant d'exiger une récompense.

2033. L'exécuteur testamentaire doit les intérêts du reliquat de son compte du jour de la mise en demeure; il peut réclamer aussi les intérêts des sommes dont la succession lui est redevable pour sa gestion, et cela, à dater de l'avance qu'il en a faite (3).

2034. L'action qui naît contre l'exécuteur testamentaire pour le compte de sa gestion, est personnelle; elle n'est pas hypothécaire et ne donne pas lieu à la contrainte par corps (4).

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 54.
(2) Nivernais, *Testament*, art. 11.
(3) Art. 1034 et 2001 du C. Nap.
(4) Furgole, *loc. cit.*, n° 74.

ARTICLE 1032.

Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers.

SOMMAIRE.

2035. Quand finissent les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire.
2036. En cas de mort de l'exécuteur testamentaire, doit-on provoquer la nomination d'un nouvel exécuteur testamentaire ?
2037. Lorsque le choix de l'exécuteur a été déterminé moins par l'individu que par la qualité de la personne, les pouvoirs passent à la personne qui remplace l'individu décédé.
2038. L'exécuteur ne peut pas se substituer un remplaçant.

COMMENTAIRE.

2035. Le pouvoir de l'exécuteur testamentaire est attaché à sa personne, et il ne peut le communiquer ni le transférer à un autre (1).

De là il suit qu'il prend fin à la mort de l'exécuteur testamentaire comme tout autre mandat (2).

2036. Mais quand l'exécuteur testamentaire, qui a commencé sa gestion, vient à mourir avant de l'avoir terminée, doit-on en faire nommer un à sa place d'autorité de justice ?

Je crois, avec Furgole (3), qu'on doit tenir pour règle que la mort fait cesser la commission ; que les héritiers de l'exécuteur testamentaire ne sont pas recevables à demander que l'exécution soit continuée par eux, parce que « *industria personæ electa est,* » et qu'on ne doit point en nommer

(1) Denys-Godefroy sur la l. 28, C., *De sacros. eccl.* Furgole, *loc. cit.*, nº 43.

(2) *Instit.*, *De mandato*, § 10. *Item si.*

(3) Furgole, *loc. cit.*

un à la place du décédé ; mais que ce qui reste à faire doit être exécuté par l'héritier du testateur, de même que s'il n'avait jamais été nommé d'exécuteur testamentaire ; car les choses reviennent aux mêmes termes par le décès de celui qui a été nommé (1).

2037. Néanmoins si, dans le choix de son exécuteur testamentaire, le défunt avait considéré la qualité de la personne plutôt que l'individu ; par exemple, s'il avait nommé le doyen des notaires de telle ville, les pouvoirs passeraient à la personne qui remplacerait l'individu décédé ; car le choix a été déterminé uniquement par la qualité qui ne meurt pas et qui passe d'individus à individus (2).

2038. Non-seulement le mandat d'exécuteur testamentaire ne passe pas à ses héritiers ; mais de plus l'exécuteur ne peut pas se substituer un remplaçant, s'il n'y a été expressément autorisé par le testateur ; autrement, il s'exposerait à des recours périlleux pour sa responsabilité (3).

ARTICLE 1033.

S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres ; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.

(1) Novelle 117, cap. 1. *Junge* Grenier, n° 334. Dalloz, ch. 8, sect. 4. n° 4. Voy. *contra*, Ricard, part. 2, n° 65.

(2) Toullier, t. V, n° 596.

(3) Mon *Comment. du mandat.*, n° 446.

SOMMAIRE.

2039. Un testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

2040. Dans ce cas, chacun peut agir individuellement au défaut des autres.

2041. De la responsabilité des exécuteurs testamentaires.

2042. Il n'y a pas de solidarité entre les exécuteurs testamentaires, si le testateur a divisé leurs fonctions.

2043. *Quid* lorsque plusieurs exécuteurs testamentaires ayant été nommés, quelques-uns d'entre eux refusent?

COMMANTAIRE.

2039. Le testateur peut, suivant les circonstances, nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires : sa volonté, à cet égard, est pleinement libre ; elle doit être respectée.

2040. La nomination de plusieurs exécuteurs testamentaires n'a pas pour conséquence d'obliger les exécuteurs qui acceptent à faire tous leurs actes collectivement. Notre article décide, au contraire, que chacun peut agir individuellement au défaut des autres. C'est à peu près la règle qui est suivie en matière de société (1). Le testateur est censé avoir demandé à chacun d'eux l'aptitude nécessaire pour agir au mieux de ses volontés. Ce n'est qu'autant qu'il a divisé les fonctions, que les exécuteurs testamentaires doivent s'abstenir d'agir les uns pour les autres, se tenant étroitement renfermés dans la limite de leurs fonctions.

2041. Ici vient la question de responsabilité des exécuteurs testamentaires ; elle se décide à la fois par les principes du droit commun et par une règle spéciale introduite par notre article. En principe, les exécuteurs testamentaires, même dans le cas où leurs fonctions ne sont pas divisées, ne sont pas responsables solidairement les uns des autres.

(1) Art. 1857 du C. Nap.

Il est vrai que dans l'ancien droit romain, deux mandataires préposés par la même personne étaient tenus solidairement; mais quel que soit le parti que Justinien ait pris sur ce point, ce qui est controversé par les auteurs (1), l'article 1995 du Code Napoléon se prononce contre la solidarité (2). Il suppose que chaque mandataire n'a entendu demeurer garant que de ses propres faits. Il considère les faits de gestion comme personnels à chaque mandataire, et chacun ne répond que de ce qu'il a fait ou de ce qu'il a omis de faire, sans que le mandant puisse s'en prendre à l'autre mandataire qui n'est pas en faute. Voilà quel est le principe, et il s'applique aux exécuteurs testamentaires. Il y a cependant une exception ; elle a lieu dans le cas où les exécuteurs testamentaires ont reçu le maniement du mobilier : alors les exécuteurs testamentaires sont tenus solidairement du compte à rendre de ce mobilier.

Le Code veut que lorsque les exécuteurs testamentaires sont saisis du mobilier, ils en soient tenus solidairement.

Deux raisons l'ont déterminé à prendre ce parti : la première, c'est que les exécuteurs testamentaires sont en ce cas nantis d'un dépôt ; la deuxième, c'est que la volonté des mourants a besoin de garantie, et qu'il faut assurer son exécution par une plus forte responsabilité (3).

2042. Mais si, tout en donnant la saisine du mobilier, le testateur a divisé lui-même les fonctions des exécuteurs testamentaires, et si chacun d'eux s'est tenu dans celle qui lui était attribuée, il est clair que, dans ce cas, il n'y aura aucune solidarité à exercer contre eux.

2043. L'article dont nous nous occupons suppose que tous les exécuteurs testamentaires désignés par le testateur

(1) Voy. mon *Comment. du mandat*, n° 493.
(2) *Loc. cit.*
(3) Mon *Comment. du mandat*, n° 496.

ont accepté. Il ne parle pas du cas où quelques-uns d'entre eux seulement ont refusé. Faut-il dire alors que ce refus de quelques-uns aura pour effet d'empêcher les autres d'agir, parce que le testateur n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres, et que les légataires n'ont plus les mêmes garanties?

Ce serait aller trop loin : le testateur a le plus souvent nommé plusieurs exécuteurs testamentaires dans l'intérêt de ces derniers et pour rendre leur fardeau moins lourd. Il a pu être déterminé aussi par le désir de leur donner une marque de sa confiance et de son amitié. Dans tous ces cas, il n'y a pas de raison suffisante pour que le refus de l'un fasse tomber l'ensemble des combinaisons du testateur; et il faudrait une preuve bien évidente que le testateur a exigé le concours simultané de tous les exécuteurs testamentaires nommés comme condition *sine qua non*, pour que les exécuteurs acceptants fussent paralysés par l'exécuteur refusant.

Article 1034.

Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

SOMMAIRE.

2044. Explication.

COMMENTAIRE.

2044. La disposition de cet article se comprend facilement, et, comme nous l'avons dit ci-dessus (1), il est juste que les frais que l'exécuteur testamentaire a faits pour l'ac-

(1) *Supra*, n° 2031.

complissement de son mandat, ne restent pas à sa charge et soient remboursés par la succession. C'est l'application de la règle : « *Nemini officium debet esse damnosum* (1). »

SECTION VIII.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ.

ARTICLE 1035.

Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.

SOMMAIRE.

2045. Du droit de révoquer un testament.—De la clause dérogatoire.
2046. De la révocation expresse.
2047. De la révocation de l'institution d'héritier en droit romain.
2048. De la révocation du legs en droit romain et dans notre ancien droit français.
2049. Sous la loi actuelle, l'institution d'héritier est confondue avec le legs, l'un et l'autre ne peuvent être révoqués expressément que par un testament ou par un acte devant notaires.
2050. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'anéantir le premier testament ?
2051. Un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, s'il contient seulement une clause de révocation, révoque-t-il un testament antérieur ?

(1) Caïus, l. 7, D., *Testam. quem. aper.*

2052. De la présence du notaire en second dans les actes de révocation.
2053. Renvoi.
2054. *Quid* des reconnaissances de dettes contenues dans un testament? — Sont-elles révocables ?
2055. Suite.
2056. Suite.
2057. Suite.
2058. Suite.
2059. Suite.
2060. Suite.
2061. La reconnaissance d'une dette contenue dans un testament révoqué peut-elle servir de commencement de preuve par écrit?
2062. La déclaration par testament qu'une dette a été payée est-elle révocable?
2063. S'il était prouvé que la reconnaissance de dette est sincère, en aucun cas alors il ne pourrait y avoir caducité.
2064. Circonstances desquelles on peut induire la révocation par changement de volonté.
2065. Un testateur peut-il faire revivre un premier testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament?

COMMENTAIRE.

2045. Comme la volonté du testateur est ambulatoire jusqu'au dernier moment (1), il suit qu'elle peut être modifiée, changée en tout ou en partie, ou même révoquée purement et simplement (2).

Ce droit du testateur est tellement sacré et tient d'une manière si directe à la liberté qui doit régner dans un testament, qu'il ne pourrait s'interdire d'en user : *nemo eam*

(1) Ulpien, l. 4, D., *De adim. vel transf. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 5.

(2) Voët. *Ad Pand.*, l. 34, t. IV, n° 1. Ricard, part. 3, n° 73. Furgole, ch. 11, n°s 12 et suiv. Toullier, t. V, n° 607. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 429, n° 1, et p. 491, n° 3.

sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat (1). Toute clause contraire à cette liberté serait donc nulle et ne lierait pas le testateur (2).

Voilà pourquoi les meilleurs auteurs rejetaient, comme contraire aux principes, la clause appelée dérogatoire ou révocatoire, par laquelle le testateur déclarait que sa volonté était qu'aucun autre testament qu'il pourrait faire par la suite ne fût exécuté, à moins qu'il ne contînt telle sentence qu'il indiquait. Ricard nous a conservé un exemple de cette clause aujourd'hui fort rare et presque inconnue (3) :

« Que s'il arrive que je fasse ci-après un autre testament » que celui-ci, y étant obligé par les importunités de ceux » qui tâchent d'avoir mon bien, ce que je ne désire pas, » étant raisonnable que ma sœur soit mon héritière, je veux » que ce second testament soit nul, si la clause suivante n'y » était inscrite tout au long : Vierge Marie, mère de Dieu, » ayez pitié de moi (4). »

Les avis des différents docteurs sur la validité de cette clause avaient donné lieu à des controverses sans fin, et, ce qui pis est, à une multitude de procès ruineux. Mais les

(1) Hermogénien, l. 22, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 314, n° 203.

(2) Voët, *Ad Pand.*, l. 28, t. III, n° 10. *Junge* Ant. Merenda, *Controv.*, l. 4, cap. 49. Menochius, *Præsumpt.*, l. 4, 166. Sande, *decis. Frisic.*, l. 4, t. I, *déf.* 10. Fachinée, *Controv.*, l. 4, cap. 92. Cujas, *Observat.*, l. 14, cap. 7. Gudelinus, *De jure noviss.*, l. 2, cap. 6 Favre, *De error. pragm.*, *decad.* 37, *error.* 7 *et seq.*, et Cod., R. 6, t. V, *déf.*, 9, 10, 13, 14, 15. Mantica, *De conject. ult. volunt.*, l. 6, t. IV, n° 9, et l. 12, t. VIII, etc.

(3) Ricard, part. 3, n° 96.

(4) Voy. aussi quelques exemples dans le Code du prés. Favre, *loc. cit.*, *déf.* 15 *et passim.* Pothier. *Donat.*, *lect.*, ch. 6, sect. 2, § 3. « Telle serait la clause » par laquelle le testateur déclarerait par son testament qu'il veut que tout ce » qu'il fera par la suite contre et outre le présent testament ne soit pas va- » lable s'il ne s'y trouve cette sentence : *Beatus vir qui timet Dominum.* »

jurisconsultes ennemis des routines la regardaient comme une violation des saines doctrines (1). Aussi, l'ordonnance de 1735, qui fit tant de réformes utiles dans la législation relative aux testaments, ne manqua pas de l'abroger (2); elle serait indubitablement sans effet sous le Code Napoléon.

2046. Notre article s'occupe de la révocation qui est faite expressément par le testateur.

Cette révocation expresse peut se faire de deux manières : ou par un testament postérieur, ou par un acte *ad hoc* passé par-devant notaires et portant changement de volonté.

2047. Dans le droit romain, où le testament comprenait deux parties distinctes, l'institution d'héritier et les legs, régis par des principes différents, on ne pouvait pas révoquer une institution de la même manière qu'un legs.

L'institution, qui constituait la solennité capitale du testament et pour ainsi dire le testament lui-même, ne pouvait être révoquée que par un testament en bonne forme : *Tum autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est* (3).

La raison de cette loi est, suivant Ricard, qu'un testament chez les Romains était une loi particulière qui dérogeait à la loi générale sur les successions *ab intestat*, et qu'une loi ne peut être révoquée que par une autre loi. *Lex lege tollitur*. Il fallait donc qu'un testament solennel postérieur vînt anéantir le premier. Toute déclaration de changement de volonté

(1) Ricard, part. 3, n° 97. Furgole, *loc. cit.*, n°s 30 et suiv. Voët, *loc. cit.*, n° 10.

(2) Art. 76 de l'ord. de 1735 : « Abrogeons l'usage des clauses dérogatoires dans tous testaments, codicilles et autres dispositions à cause de » mort; voulons qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles et de nul » effet en quelques termes qu'elles soient conçues. »

(3) Ulpien, l. 2, D., *De injusto, rupto*. Pothier, *Pand.*, t. ii, p. 491, n° 3.

conçue dans une autre forme, dans un acte de nue volonté, ne pouvait produire cet effet : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* (1). Ce principe résulte formellement de la loi 36, § 3, D., *De testamento militis*, par laquelle il en est fait application à un vétéran qui, ayant testé *jure communi*, avait déclaré par un acte de nue volonté qu'il voulait mourir *intestat*. Paul décida que l'institution n'était nullement révoquée.

Aussi Doneau dit-il (2) : « *Voluntate testatoris nuda nun-*
» *quam testamentum infirmari, quantumvis ille testator dixe-*
» *rit se testamentum, quod fecit, valere nolle. Idque consenta-*
» *neum est regulæ juris, qua generaliter traditur, quibus*
» *quidque modis constituitur, iisdem et solvi in contrarium*
» *actis. Nuda voluntate non constituitur testamentum; proinde*
» *nec nuda voluntate tolletur* (3). »

La loi 2 au D., *De injusto*, ci-dessus citée, exceptait cependant deux cas où un testament solennel pouvait être révoqué par un deuxième testament imparfait, c'est-à-dire non solennel; car ici le mot imparfait est employé par opposition au testament solennel, et ne signifie nullement un testament nul par défaut de forme (4).

Ces deux cas sont : 1° lorsque le second testament est un testament militaire; 2° lorsque ce second testament, fait en présence de cinq témoins, est en faveur des héritiers *ab intestat*, tandis que le premier était en faveur d'étrangers (5).

Du reste, ce que nous venons de dire du testament militaire s'appliquait aussi à toute autre espèce de testament

(1) Ulpien, l. 35, D., *De regul. juris*.
(2) Doneau, *Comm.*, l. 6, cap. 16, n° 3.
(3) *Junge* Fachinée, *Controv.*, l. 4, § 8.
(4) Furgole, ch. 11, n° 42.
(5) Voy. aussi la loi *Hac consult.*, § *Si quis*, C., *De testam.*, et Voët, *Ad Pand.*, *De injusto, rupto*, n° 6.

moins solennel, mais reconnu par le droit, comme le testament *inter liberos*, le testament fait à la campagne (1).

Et remarquons ici une chose sur laquelle nous nous arrêterons plus longtemps sous l'article suivant : c'est que, dans les principes du droit romain, le deuxième testament n'avait pas besoin de contenir une révocation expresse du premier. Son existence seule opérait cette révocation : car nul ne pouvait mourir avec deux testaments valables, et, comme de raison, c'était le deuxième qui prévalait.

2048. Passons maintenant à ce qui concerne les legs. On sait que l'on pouvait laisser un legs sans aucune espèce de solennité (2). On pouvait donc aussi le révoquer sans aucune solennité, soit par écrit, soit par parole, soit tacitement; enfin, il suffisait qu'il y eût preuve quelconque du changement de volonté (3).

Telle était la jurisprudence romaine attestée par tous les auteurs sans exception. On la suivait dans les pays de droit écrit.

Mais dans les pays de droit coutumier, où les testaments ne dérogeaient pas à l'ordre des successions *ab intestat* et ne pouvaient faire que de simples légataires, une déclaration de volonté contenue même dans un écrit privé suffisait pour prouver la révocation (4).

2049. Le Code a voulu qu'un testament ne pût être révoqué expressément que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration de changement

(1) Voët, *loc. cit.*, n° 3. Ricard, part. 3, n° 125.

(2) *Supra*, n° 1761.

(3) Paul, l. 36, D., *De test. milit.* Ulpien, l. 3, § 11, D., *De adim. legat.* Pomponius, l. 18, D., *De legat.*, 3°. Favre, C., *De testam., defin.* 29, n° 6. Furgole, ch. 11, n° 121. Ricard, part. 3, n° 123. Toullier, t. V, n 617.

(4) Ricard, *loc. cit.*, n° 122. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 2, § 1.

de volonté; et comme dans notre langage l'institution d'héritier est aujourd'hui confondue avec les legs, il s'ensuit que le legs lui-même ne peut être révoqué que de l'une de ces deux manières. Cela résulte, d'ailleurs de ces mots : En tout ou en partie.

2050. Mais ici se présente une question fort controversée. Le testament postérieur nul, qui contient la révocation, a-t-il pour effet d'anéantir le premier testament; ou bien, étant nul dans toutes les dispositions qui tendent à gratifier, doit-on dire qu'il l'est aussi dans la clause de révocation?

Cette question ne peut faire difficulté que pour le testament notarié nul par défaut de formes. Quant au testament olographe, s'il se trouve nul, il ne peut produire aucun effet révocatoire, puisque ce n'est qu'à un acte notarié ou à un testament que la loi attribue la puissance de révocation. Si le testament est mystique et que l'acte de suscription soit nul, il reste toujours un testament olographe valable, comme nous l'avons prouvé ci-dessus (1). La difficulté se rapporte donc tout entière au testament par-devant notaires : car, s'il est nul comme testament, du moins ne peut-il pas valoir comme acte notarié pour opérer la révocation.

Les auteurs se sont partagés sur la question. M. Merlin a soutenu qu'un testament nul ne peut révoquer un testament précédent (2). M. Toullier s'est prononcé pour l'opinion contraire (3).

Examinons quelles raisons peuvent être invoquées sur cette question à l'appui de l'une et de l'autre opinion, et voyons quelle est la solution que nous devons adopter ici.

Lorsque l'on discuta le Code Napoléon, on convint, sur

(1) *Supra*, n° 1654.

(2) Répert., v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, n° 6. Quest. de droit, 1° *Révoc. de testam.* Répert., v° *Révoc. de codic.* Répert., v° *Révoc. de legs.*

(3) T. V, n° 620.

une observation de M. Berlier, de ne point laisser indécise la question de savoir si la révocation, contenue dans un deuxième testament nul, vaudrait comme manifestation de volonté de la part du testateur, pour anéantir le premier testament. Néanmoins aucune disposition ne fut introduite dans la loi (1).

Ceci posé, il est impossible, pour résoudre la question, de recourir aux discussions du Code ou aux commentaires des jurisconsultes qui ont pris part à sa rédaction; car ils se contrarient de manière à ôter à leurs opinions le crédit qui leur appartient ordinairement.

M. Maleville veut que le deuxième testament nul vaille comme acte authentique pour donner vie à la clause de révocation (2).

M. Jaubert dit, au contraire, dans un discours au Tribunat (3), que la révocation peut avoir lieu par un testament postérieur, pourvu qu'il soit revêtu de toutes les formes prescrites et que, considéré en lui-même, il ait pu recevoir exécution.

Au milieu de ce conflit qui ajoute encore aux difficultés de l'intelligence de la loi, c'est à la jurisprudence à choisir celle des deux opinions qui est le mieux fondée.

Les lois romaines peuvent jeter de grandes lumières sur la question. Mais, pour les appliquer sainement, il ne faut pas prendre pour point de départ la question de savoir si, à Rome, un testament nul pouvait révoquer un testament précédent; car c'est un point de doctrine incontestable qu'un testament proprement dit ne pouvait être révoqué que par un autre testament revêtu des solennités requises (4). Ce

(1) Fenet, t. XII, p. 403. (Séance du 27 ventôse an XI.)
(2) *Anal. rais. du C. Nap.*, art. 1035. M. Tronchet aussi (Fenet, p. 403.)
(3) Locré, t. XI, p. 473. Fenet, t. XI, p. 611.
(4) *Supra*, n° 2047.

serait d'ailleurs comparer une législation où les testaments étaient considérés comme des lois avec une législation qui, malgré la faveur dont elle les environne, ne leur donne pas un caractère aussi auguste et permet de les révoquer par un simple acte notarié. La seule question qui ait une véritable analogie avec la nôtre est celle de savoir si un testament nul en la forme peut servir de manifestation de volonté suffisante pour révoquer un legs dans les principes du droit romain : c'est ce que beaucoup de praticiens, qui raisonnent sur les questions sans les comprendre, n'ont pas aperçu.

On se rappelle ce que nous avons dit, qu'à Rome, les legs contenus dans un testament solennel pouvaient être révoqués sans solennité et par une déclaration quelconque du testateur (1). Cependant si, pour révoquer ces legs, le testateur avait employé la forme d'un testament, la nullité de ce testament emportait-elle toujours la nullité de la révocation? Voilà la question : la solution dont elle est susceptible décidera la nôtre *in terminis*.

A entendre M. Toullier (2), la loi 18, D., *De leg.*, 3°, qu'invoquaient les partisans de la « non-révocation et particu-
» lièrement Furgole (3) et Merlin (4), n'est nullement appli-
» cable. Ces auteurs font tenir à Bartole, dont ils invoquaient
» l'autorité, un langage qu'il n'a jamais tenu. Ce grand
» jurisconsulte a, au contraire, enseigné l'opinion qu'un
» legs révoqué par un testament inutile n'est pas dû : enfin,
» c'est dans ce dernier sens que les lois 36, § 3, D., *De*
» *test. milit*, et 26, § 1, D., *De adimend. leg.*, tranchent la
» difficulté. »

(1) Paul, l. 36, § 3, D., *De testam. milit.*

(2) Toullier, t. V, n° 626, p. 574 et suiv.

(3) Furgole, *loc. cit.*, ch. 11, n° 40.

(4) Merlin, Quest. de droit, v° *Réc. de testam.*, § 1, p. 590 et suiv., et Répert. de jurisprud., v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 661.

De toutes ces assertions de M. Toullier, une seule nous paraît exacte, c'est que la loi 18, D., *De leg.*, 3°, n'est pas tout à fait aussi formelle que quelques interprètes l'ont voulu. Dans l'espèce qu'elle pose, il ne s'agit pas en effet d'un second testament contenant la clause de révocation. On demande seulement au jurisconsulte Pomponius, si d'un testament postérieur nul, on peut tirer une présomption tacite que le testateur a voulu révoquer les legs faits dans un premier testament valable. Pomponius se décide pour la négative, par la raison que le testateur ne peut être présumé avoir changé de volonté qu'autant que son second testament serait valable.

On voit que cette loi n'est pas aussi décisive que si le second testament eût contenu la clause formelle de révocation. Néanmoins, elle forme un préjugé puissant contre l'opinion de M. Toullier, en prouvant que le jurisconsulte n'a pas osé voir la preuve d'un changement de volonté dans un acte nul.

Quant au reproche fait par M. Toullier à Furgole d'avoir cité Bartole sans l'avoir consulté, et de lui avoir prêté un langage contraire à ce qu'il dit, voyons si ce ne serait pas, au contraire, M. Toullier qui pourrait encourir le reproche de condamner trop légèrement le savant et exact auteur du *Traité des testaments*. Furgole dit : « Nous croyons avec » Bartole, sur la loi 18, *De leg.*, 3°, que les legs et les autres » dispositions contenues dans le premier testament doivent » subsister, nonobstant le second imparfait et nul, quoique » le second renferme la clause expresse de révocation des » précédents testaments, parce que cette clause de révoca- » tion ne peut avoir d'effet qu'autant que le second testament » qui la renferme se trouve valable et revêtu des formalités » extérieures. »

M. Toullier oppose à Furgole ce que Bartole dit dans le

n° 1 de son commentaire : savoir, que lorsque le testateur révoque expressément le legs, cette révocation vaut, quoique le testament qui la contient soit inutile. « *Quum legatum* » *expresse adimit... licet adimat in voluntate inutili, non* » *tamen debetur...* » Mais, dans ce passage, Bartole ne parle pas d'un testament nul par défaut de solennité extérieure. Il parle d'un testament inutile; ce qui est fort différent dans la bouche d'un véritable jurisconsulte. Ce qui le prouve d'ailleurs jusqu'à l'évidence, ce sont les lois qu'il cite, et dans l'espèce desquelles la révocation se trouve contenue, non dans des testaments nuls, mais dans des dispositions faites au profit d'incapables (1).

Mais si M. Toullier avait porté une attention plus particulière sur le n° 4 du commentaire, il aurait vu que Furgole n'avait, en quelque sorte, fait que traduire Bartole. « *Quæro,* » *dicit testator in secundo testamento invalido, cassans et* » *irritans omnem aliam voluntatem et testamentum, volens* » *istud testamentum omnibus prævalere, an vigore omnium* » *horum verborum primum testamentum sit cassum, licet* » *secundum sit nullum. Respondeo : Cassatio restringitur se-* » *cundum causam cassationis* (l. 2, *De his quæ in test. delent.*) » *ista cassatio videtur facta respectu secundi testamenti, quia* » *vult istud ultimum prævalere, et ideo, si ultima voluntas* » *non valeret, ista verba, cassans,* etc., *nihil operantur.* » Voilà bien la question telle que la pose Furgole : c'est un second testament qui contient la révocation de toutes les volontés précédentes; mais ce second testament est nul. Que décide Bartole? Il décide, comme Furgole, que la clause ne peut pas produire d'effet; car le testateur n'est pas censé avoir changé de volonté, si le second testament ne prévaut.

La raison de cette solution est facile à comprendre : c'est

(1) Pomponius, l. 20, D., *De adim. legat.* Ulpien, l. 34, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 433, n° 27.

M. Merlin qui la donne en paraphrasant le passage de Bartole qui vient d'être cité (1) :

« A la vérité, un legs peut, sous le droit romain, être ré-
» voqué par une simple déclaration quelconque de volonté.
» Mais autre chose est de révoquer par une simple déclara-
» tion, autre chose de le faire par un testament nul. Dans
» le premier cas, la volonté est manifestée par un acte qui
» a toute la forme dont on a voulu la revêtir : il n'en est
» pas de même dans le second. Il est à croire que, dans le
» cas où il n'observerait pas les formalités des testaments,
» il a voulu que ses premières dispositions subsistassent
» dans leur entier : il n'a révoqué que conditionnellement,
» dans le cas où son second testament vaudrait. »

Après avoir porté contre Furgole une attaque très-peu fondée, M. Toullier s'égare dans l'examen de deux lois qui ne prouvent rien en sa faveur. Voici ces deux lois (on est étonné de voir un juriconsulte aussi instruit que M. Toullier raisonner sur des éléments si peu concluants) :

La loi 24, § 1 D., *De adim. legat.* (2), pose le cas suivant : Un père lègue à sa fille des jardins avec leurs accessoires ; il donne ensuite, par donation entre-vifs, à sa femme quelques-uns des esclaves attachés à la culture de ces jardins. Il résultait de là une révocation expresse d'une partie du legs. Paul décide, en conséquence, que le legs est diminué, *et si non valeat donatio.* Mais il ne s'agit pas ici d'une nullité de forme qui ôte l'existence à l'acte, il s'agit d'une donation que la loi prive de ses effets à cause de l'incapacité du donataire. Or, dans ce cas, tout le monde est d'accord que la révocation doit avoir lieu (3), malgré l'incapacité de la dona-

(1) Merlin, Répert. de jurisp., v° *Testam.*, sect. 2, § 3, art. 2, p. 661, col. 2.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 7.

(3) C. Nap., art. 1037.

taire ; l'acte muni des formes prouve toujours l'intention de révoquer : c'est donc bien mal à propos que M. Toullier invoque une pareille loi.

La seconde est encore moins concluante (1). « Un vétéran » fait un testament solennel, puis il déclare, par un acte de » nue volonté, vouloir mourir *intestat*. Paul décide que cet » acte de nue volonté ne peut révoquer l'institution d'hé » ritier, parce que pour cela il faut un testament en règle ; » mais qu'il suffit pour révoquer les legs (2). » La raison en est que les legs, se donnant par la nue volonté, peuvent être révoqués de même. Mais rien ne prouve que cet acte de révocation par nue volonté, dont parle Paul dans cette espèce, fût destitué de formes probantes. A la vérité, il n'avait pas la forme d'un testament, parce que le testateur n'avait pas voulu faire un testament. Mais, Paul ne dit nulle autre part qu'il n'ait aucune autre forme capable de lui donner existence comme simple acte. Cette loi n'a donc aucun rapport à notre cas, et nous croyons pouvoir positivement assurer qu'il n'en est aucune qui favorise le système de M. Toullier. Sans doute, c'est une maxime incontestable que l'on peut tirer d'un acte nul la preuve d'une volonté : « *Dici solet etiam* » *ex actu nullo colligi voluntatem* (3). » Mais cette maxime, tirée des lois *ult.*, D., *De reb. eor, qui sub tutela*, etc., loi 20, *De adimend. leg.*, et 35, *De leg.*, 1°, n'est applicabble qu'au cas où la nullité de l'acte provient, non d'un vice de forme extérieure et probante, mais d'un vice de capacité. Si c'est un vice de forme qui infecte l'acte, et surtout l'acte testamentaire, cet acte ne prouve rien : il ne contient pas même la preuve d'une nue volonté. En voici un exemple qui nous

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n° 38.

(2) D., l. 36, § 3, *De testam. milit.*

(3) Favre, C., *De testam.*, *defin.* 16, n° 10, *et defin.* 17, n° 19.

paraît très-fort. Le legs et le fidéicommis pouvaient se faire *nuda voluntate* chez les Romains, comme nous l'avons dit tant de fois. Supposons maintenant qu'un légataire, gratifié dans un testament nul, eût voulu réclamer le payement de son legs, sous prétexte qu'il y avait preuve de la nue volonté du testateur et que cette nue volonté lui suffisait. Voici ce que Paul lui eût répondu : « *Ex imperfecto testamento legata* » *vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum* » *est ; decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus* » *ipse solutus esse videtur* (1). » La raison qu'en a donnée Pothier est qu'à la vérité un legs peut être laissé sans testament, *et nuda voluntate*, mais que du moment que ce legs est contenu dans un testament, il dépend de la validité de cet acte. « *Verum si testamento contineantur, pendent a jure* » *testamenti in quo contineantur.* » Telle est aussi la décision de la loi 11, § 1, D., *De legat.* 3° (2), et de la loi 29, D., *Qui test. facer. possunt* (3).

Il n'y a donc pas de principe plus certain que celui qui veut qu'un testament nul en la forme ne puisse pas plus produire d'effet pour détruire que pour créer une disposition : il est réduit *ad non esse*. Le droit romain en donne la preuve à chaque pas, et le Code Napoléon le décide expressément dans l'art. 1001 (4).

Nous n'ignorons pas, au reste, que plusieurs jurisconsultes ont étendu la maxime *ex actu nullo solet colligi voluntatem*, même au cas où l'acte est nul par défaut de forme. Mantica a recueilli leurs opinions à cet égard (5); mais, en admettant cette extension peut-être outrée, les jurisconsultes

(1) D., l. 23, *De legat.*, 3°.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 231, n° 38.
(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 179, n° 45.
(4) Voy. *supra*, n°s 1740 et suiv.
(5) Mantica, *De conj. ult. vol.*, l. 3, t. XX, n° 3.

qui s'y sont rangés sont d'accord sur ce point, que si un acte nul par défaut de forme peut servir à soutenir, à expliquer ou à interpréter une disposition, il ne peut jamais servir à la détruire. « *Sciendum est etiam, quod ex actu nullo* » *non sumitur præsumptio ad destruendam, sed ad sustinendam* » *testatoris voluntatem, ut loquitur l. ult. De reb. eor. qui* » *sub tut. sunt, et ridiculum est dicere quod ex verbis inuti-* » *liter adjectis voluntas testatoris declaretur ad infirmandam* » *expressam ejus dispositionem* (1).

Que deviennent maintenant les raisonnements de M. Toullier? Ils sont réfutés par les principes les plus purs du droit, par la raison elle-même qui veut que ce qui est nul ne puisse renverser ce qui existe. Il cite à l'appui de sa doctrine, Vinnius (2) et Pothier (3). Mais nous lui opposerons Perezius (4), Voët (5), Mantica (6), Furgole (7), M. Merlin (8) et autres. Nous lui dirons : le testateur avait deux moyens pour révoquer expressément son testament. Il pouvait con-

(1) Mantica, *loc. cit.*, n° 6.

(2) Vinnius, *Instit.*, *De adempt. legat.*

Nous devons dire qu'on pourrait contester que Vinnius ait l'opinion que lui prête M. Toullier. Ce jurisconsulte dit à la vérité : « *Omnino assentior* » *Bartolo posse legatarium, opposita exceptione doli summoveri, etiamsi im-* » *perfecto testamento legatum adeptum esse proponatur.* » Mais que veut dire le mot *imperfectum?* Il ne signifie pas toujours un testament nul ; il veut dire aussi très-souvent le testament qui, quoique privé des solennités capables de le faire valoir *jure civili*, est revêtu de certaines formes capables de le faire valoir dans quelques circonstances, à cause du privilége du testateur ou de celui des héritiers institués (Furgole, *Traité des Testaments*, ch. 11, n° 42). En prenant dans ce sens le mot *imperfectum*, Vinnius est tout à fait d'accord avec la manière dont nous avons interprété Bartole.

(3) *Traité des donations testam.*, ch. 6, sect. 2, § 1, p. 347.

(4) *Instit.*, *De adempt. leg.*

(5) *De adim. leg.*, n° 3.

(6) *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. II, n° 22.

(7) *Loc. cit.*

(8) *Loc. cit.*

signer sa volonté dans un second testament, ou bien dans un acte révocatoire *ad hoc* fait devant notaires; il a choisi la forme minutieuse et périlleuse du testament. Il faut donc juger de sa volonté d'après la forme qu'il a préférée, et non en convertissant l'acte de son choix en un acte dont il a refusé de se servir, et qui n'est pas compatible avec la nature des testaments. Il a voulu disposer à cause de mort et avec les solennités attachées à ce genre de dispositions; comment pourrait-on vouloir changer sa volonté en acte entre-vifs? Si dans la convention, un acte notarié qui se trouve souscrit par les parties, vaut cependant comme acte sous seing privé, c'est que l'une et l'autre forme conviennent également à ce qui fait l'objet du contrat; on peut indifféremment contracter par acte public et par acte sous seing privé. Mais il serait contraire à tous les principes de convertir une disposition à cause de mort, qui ne subsiste que par un concours de solennités particulières, en un acte notarié proprement dit, parce que cet acte notarié ne peut, dans aucun cas, être propre à revêtir une disposition à cause de mort (1).

Du reste, notre opinion est sanctionnée par l'immense majorité des arrêts (2).

2051. On demande si un acte olographe écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, peut révoquer un testament précédent, lorsque cet acte olographe ne contient autre chose qu'une clause de révocation, et que celui qui y a recours n'a fait aucune distribution de son patrimoine.

La raison de douter, c'est que les testaments valables ne

(1) Voy. *supra*, nos 1193, 1506.

(2) Poitiers, 29 août 1806 (Devill., 2, 2, 170). Turin, 4 avril 1807 (Devill., 2, 2, 221). Limoges, 8 juillet 1808 (Devill., 2, 2, 412). Limoges, 23 mars 1809 (Devill., 3, 2, 43). Aix, 20 avril 1809 (Devill., 3, 2, 56). Turin, 19 mars 1810 (Devill., 3, 1, 231). Cour de cassat., 4 novembre 1811 (Devill., 3, 1, 418). Cour de cassat., 20 février 1821 (Devill., 6, 1, 383). Toulouse, 12 août 1831 (Devill., 32, 2, 586). Aix, 5 avril 1834. Cour de

peuvent, d'après notre droit, être révoqués par des actes sous seing privé, à moins que ce ne soit par un testament olographe, et qu'il paraît difficile de qualifier testament un acte qui ne contient aucune libéralité à cause de mort.

Mais la raison de décider est, que l'acte olographe dont il s'agit est un véritable testament, puisqu'il appelle les successeurs *ab intestat* : « *Tunc videtur instituere venientes ab* » *intestato*, » dit Bartole sur la loi 18, *De leg.*, 3°. C'est aussi ce que dit Voët à peu près dans les mêmes termes (1). À la vérité, l'institution n'est pas formelle quant à l'expression ; mais elle l'est quant à l'intention. Il était inutile que le testateur dît qu'il appelait ses successeurs *ab intestat*, puisque cela avait lieu de plein droit par l'effet de la révocation (2).

2052. Lorsque la déclaration de révocation de testament est faite par acte devant notaires, elle doit contenir les formes des actes notariés ; sans cela elle est nulle et ne peut produire d'effet : « *Quod nullum est nullum producit effectum.* » C'est par application de ce principe que la jurisprudence a déclaré nul un acte de révocation reçu par un notaire en l'absence de l'autre (3). Cette condition de la présence du

cassat., 2 mars 1836 (Devill., 36, 1, 174). Bordeaux, 25 août 1832 (Devill., 32, 2, 16).

(1) *De rupto, injusto irritove fact. test.*, n° 1. L. 1, § *antepen.*, D., *Unde liberi.*

(2) Furgole, *loc. cit.*, n° 98, p. 231. Domat, liv. 3, t. I, sect. 5, n° 12, à la note. Grenier, *Traité des donat.*, part. 2, ch. 4, n° 342, t. I, p. 597 et 598. Toullier, t. V, n° 633, p. 584. Merlin, Répert. de jurisp., v° *Révoc. de codicille*, § 4, n° 1, t. XVII, p. 528. MM. Duranton, t. IX, n° 431, p. 413 et suiv. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 1, n° 13. Poujol sur l'art. 1035, n° 5. Coin-Delisle sur l'art. 1035, n° 7. Cour de Paris, 5 juillet 1813 et sur le pourvoi. Cour de cassat., rej., 17 mai 1814 (Devill., 4, 1, 563). Cour de cass., rej., 7 juin 1832. (Devill., 32, 1, 542). Colmar, 22 juin 1831 (Devill., 32, 2, 51). Bordeaux, 27 mars 1846 (Devill., 46, 2, 524). Voy. *contra*, Delvincourt, n° 2, sur la p. 101 ; t. II, p. 377. Bugnet *sur Pothier, Donat. testam.*, p. 308, n° 2.

(3) Toulouse, 28 novembre 1825 et sur le pourvoi. Cassat., rej., 24 avril

notaire en second, est du reste formellement exigée aujourd'hui par la loi du 21 juin 1843, et la question ne saurait désormais être agitée (1).

Il résulte de l'esprit de cette loi qu'un acte notarié révocatoire d'un testament ne pourrait être passé en brevet, ainsi qu'on a essayé de le soutenir, sous l'empire de la loi de ventôse (2) : ce serait méconnaître l'importance que la loi de 1843 attache aux formalités des révocations de testament.

2053. Mais que devrait-on décider si la révocation d'un testament était contenue dans une donation qui n'aurait pas été acceptée ?

Cette question se résout par des notions que nous développerons dans notre commentaire de l'art. 1038 (3).

2054. Il arrive quelquefois qu'on trouve dans un testament des dispositions qui, si elles étaient contenues dans d'autres actes, seraient irrévocables, comme des reconnaissances de dettes. Or, on s'est demandé si par cela seul qu'elles sont contenues dans un testament, elles sont révocables.

C'est là une question qui a été diversement résolue et que nous allons examiner (4).

1828 (Devill., 9, 1, 85). Lyon, 25 février 1836 (Devill., 36, 2, 226). Cassat., rej., 7 mai 1839 (S. 39, 1, 353.

(1) Art. 2. « A l'avenir, les actes notariés contenant donations entre-vifs, donations entre époux pendant le mariage, *révocation de donation ou de testament*, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties; elle sera mentionnée à peine de nullité. »

(2) M. Coin-Delisle sur l'art. 1035, n° 4.

(3) Nos 2091 et suiv.

(4) *Supra*, n° 728 et n° 1973.

2055. Mais d'abord, occupons-nous d'un premier point sur lequel il importe, ayant cet examen, d'être bien fixé. Recherchons si l'on peut mêler dans un testament des actes contractuels et par cela même irrévocables. Plusieurs interprètes et la glose de Godefroy sur la loi 2, § dernier, au Digeste, *Qui testamenta facere possunt,* veulent qu'on puisse mêler des contrats dans un testament, et que ces dispositions non-seulement n'annulent pas le testament, mais encore qu'elles soient irrévocables (1).

D'autres, comme Julius Clarus (2), distinguent les contrats qui sont absolument étrangers au testament, d'avec ceux qui n'y sont pas étrangers. Il semble que les premiers ne peuvent pas être faits dans un testament, mais que les seconds peuvent y trouver place.

D'autres, enfin, tiennent indistinctement qu'on ne peut mêler dans un testament des dispositions irrévocables (3).

Suivant les principes du droit romain, si rigoureux sur les priviléges des testaments et sur leurs solennités exceptionnelles, il n'y a pas de doute que ce dernier sentiment ne soit le meilleur. La raison en est que le testament doit être fait *uno contextu*, par conséquent sans mélange de contrats; le contrat est d'un ordre tout différent, et il ne peut être associé à cette loi suprême que déclare solennellement

(1) Mantica s'exprime ainsi en citant Baldus : « ... *Et Baldus (in l. fin., » De reb. eorum qui sub tutel. sunt) præcise adnotavit, si testator in testa- » mento facit contractus, irrito facto testamento non propterea irritos fieri » contractus.* » Mantica avait dit auparavant : « *Quoniam contractus non » videtur ex testamento pendere, sed suis viribus subsistere, neque indiget » auxilio testamenti ut valeat.* » (T. XV, n° 10.) Voy. encore d'autres passages du même ouvrage de Mantica, lib. 3, t. XVIII, n°s 11 et 12, et lib. 8, t. I, n° 36.

(2) § *Testam., quæst.* 75.

(3) Furgole *(loc. cit.*, ch. 11, n° 48), cite Viglius sur le § *Sed cum paulatim, Instit., De testam. ordin.*, v° *Uno contextu*. On peut ajouter Voët sur le tit. *Qui test. facere possunt,* n° 4.

le testateur dans sa liberté et souveraineté. C'est pourquoi Ulpien disait : *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad jus testandi* (1).

Mais ceci n'était pas un obstacle, suivant Voët (2), à ce que le testateur insérât dans son testament une reconnaissance de dette ou autres actes analogues qui ne sont pas synallagmatiques et dépendent de la seule déclaration du disposant (3).

Il nous paraît difficile de répondre à ces raisons, et nous ne comprenons pas comment Ricard peut se dire l'avocat des principes, en enseignant une doctrine contraire (4).

Mais la question est moins susceptible de controverse aujourd'hui; car l'obligation de rédiger le testament sans divertir à d'autres actes n'est imposée que pour l'acte de suscription du testament mystique (5). Dans le testament olographe (6), et le testament nuncupatif (7) devant notaires, elle n'est pas requise. Il semble donc que rien ne s'oppose à ce qu'un contrat tel qu'un dépôt, un mandat, ou même une donation entre-vifs ne se trouve mêlé à un testament et qu'un tiers ne puisse y intervenir pour rendre ces

(1) Ulpien, L. 20, D., *De verb. signif.*

(2) *Qui test. facere poss.*, n° 4. *Junge* Marcellus, l. 20, D., *De domat.*

(3) » *Nec huic repugnat,* ajoute Voët, *quod pignus testamento constitui* » *possit, necnon depositi confessio recte testamento fiat.* » (Ulpien, l. 26, *De pignor. action.* Scœvola, l. 37, § 5, *De legat.*, 3°). « ... *Sciendum enim,* » *neque pignus, quod testator creditori suo constituit in crediti securitatem,* » *contractum esse; cum ex solius testatoris voluntate etiam ignoranti credi-* » *tori nascatur; neque..... depositi confessionem esse actum a testamento* » *alienum, sed itidem fieri solo testatoris arbitrio, quod ad vitæ finem* » *mutabile est.* »

(4) Part. 3, n°s 107 et suiv.

(5) *Supra*, n° 1651.

(6) N° 1471.

(7) N° 1507.

actes parfaits par son acceptation. C'est ce que nous avons vu ci-dessus (1).

Il faut même ajouter, en ce qui concerne la donation, que si l'acte était nul comme testament, mais qu'il fût revêtu des formalités constitutives d'un acte public, il vaudrait comme donation : *utile non vitiatur per inutile;* parce qu'encore une fois la donation, étant tout à fait distincte du testament et devant en être séparée, aurait toujours les solennités extérieures des actes notariés, s'il lui manquait cette surabondance de précautions prises pour les testaments. C'est ainsi que chez les Romains un testament *in scriptis*, nul comme tel, valait comme nuncupatif, si la solennité de la nuncupation y avait été observée (2). C'est ainsi que, sous le Code Napoléon, un testament mystique, nul comme tel, peut valoir comme olographe s'il est en entier écrit, daté et signé de la main du testateur (3). Ceci n'est pas contraire à ce que nous avons dit ci-dessus, que la clause de révocation, contenue dans un testament nul, ne peut valoir quand même l'acte aurait les formes d'un acte notarié; car cette clause de révocation est une disposition à cause de mort, puisqu'elle se trouve consignée dans un acte de dernière volonté, puisqu'elle est ambulatoire et qu'elle est subordonnée à la condition si le testament qui la contient vaut. Or, les formes des actes notariés ordinaires ne peuvent convenir aux dispositions de dernière volonté. Mais ici, il s'agit d'une donation qui, quoique par une bizarrerie singulière insérée dans un acte à cause de mort, ne perd pas sa qualité d'acte entre-vifs irrévocable, et emporte sur-le-champ dessaisissement. Donc, si la forme des actes entre-vifs subsiste, quoique les

(1) Voy. ce que nous avons dit ci-dessus sur le dépôt mêlé à une donation manuelle, n° 1052.

(2) *Supra*, n° 1654.

(3) N° 1654.

formalités propres aux testaments n'aient pas été observées, la donation sera bonne.

2056. Après avoir posé qu'un contrat peut trouver place dans un testament, et qu'il est irrévocable, voyons si une reconnaissance de dette qui se trouve dans un testament révoqué est également révoquée, ou si elle doit subsister.

Une reconnaissance de dette contenue dans un testament n'est pas un contrat, comme dit Voët (1), et il ne faut pas la confondre avec les reconnaissances contractuelles de dettes dont nous nous sommes occupé aux n°s 728, 729. Elle dépend de la seule volonté du testateur; elle est, par conséquent, révocable jusqu'au dernier moment, parce que la volonté du testateur est ambulatoire; par cela seul qu'elle est contenue dans un testament, on suppose qu'elle n'a d'autre effet que *in vim legati vel fideicommissi* (2), que le testateur, ayant simplement l'intention de gratifier, a coloré son legs du prétexte d'une dette, pour le rendre plus recommandable (3); en un mot, comme le dit Cujas (4), *in dubio præsumitur testator quæsiisse prætextum legato... Igitur, ex hac scriptura legati* (il veut parler d'une disposition qui contient confession de dette dans un testament) *non exit actio quasi ex debito quod non est; sed erit actio ex legato, nisi scilicet hæres probet evidenter testatorem non habuisse animum legandi : in dubio videtur quæsiisse prætextum legato.* Cette présomption posée par Cujas est érigée en règle par tous les auteurs, Bartole, Balde, Mantica, Voët; tous les docteurs

(1) *Loc. cit.*

(2) Voy. *supra*, n° 728, et le passage cité de Voët, *Ad Pand.*, *De confessis*, n° 9, où cet auteur dit que la confession d'une dette faite par testament ne suffit pas pour rendre débiteur, mais que ce qui est conféré est dû à titre de fidéicommis ou de legs. Scævola, l. 88, § 10, D., *De legat.*, 2°. Scævola, l. 28, § 13, D., *De lib. legat.*

(3) Ricard, *loc. cit.*, part. 3, ch. 2, sect. 1, n° 108.

(4) Sur la l. 88, § 10, D., *De legat*, 2°.

conjecturaux ou autres sont d'accord pour le proclamer. Il est inutile de faire remarquer que Cujas parle ici du cas où la confession est faite au profit d'une personne capable de recevoir par legs, et que, même dans cette hypothèse, il veut que la présomption soit que la confession est plutôt un legs que la reconnaissance d'une dette réelle. M. Toullier n'a pas fait preuve d'exactitude en citant la règle de Cujas : « *In dubio præsumitur testator,* etc..., » de manière à faire entendre qu'elle ne s'applique que lorsqu'il s'agit d'un incapable.

Or, si la confession d'une dette est présumée constituer un legs jusqu'à preuve contraire (1), nous devons dire qu'une reconnaissance de dette contenue dans un testament révoqué est elle-même révoquée (2). Et qui ne voit d'ailleurs la grande différence qu'on doit mettre entre une reconnaissance faite dans un testament que le testateur peut détruire aussitôt après l'avoir fait, et une reconnaissance de dette contenue dans un acte entre-vifs, irrévocable de sa nature, destiné à servir de titre au créancier (3)?

Supposons cependant, contre toute vraisemblance, que la reconnaissance d'une dette contenue dans un testament, ne doive pas être présumée une libéralité, et qu'on doive céder plutôt à la présomption que personne n'est censé se reconnaître débiteur quand il ne l'est pas. Nous soutiendrons encore que cette reconnaissance, tant qu'elle n'aura pas été acceptée par le créancier, ne pourra faire un titre irrévocable en sa faveur ; car ce que le testateur a fait sans son concours, il pourra le défaire de même. Ayant fait le choix d'un genre d'acte révocable pour faire cette reconnais-

(1) Aix, 8 juin 1813 (Devill., 4, 2, 323). Paris, 7 fév. 1832 (Devill., 32, 2, 339). Dijon, 20 juill. 1832 (Devill., 33, 1, 691).

(2) Bastia, 10 mai 1823 (Devill., 7, 2, 210).

(3) Toullier, t. V, n° 637, p. 591.

sance, il est censé s'être réservé le droit de révoquer. D'ailleurs *nuda ratio non facit aliquem debitorem* (1). Cette règle est générale, et l'on comprend que si elle ne l'était pas, rien ne serait plus facile, pour un testateur, que de porter atteinte à la quotité disponible par des libéralités déguisées sous la forme de confessions de dettes. Cela est si vrai que lors même que la confession d'une dette a été faite dans un acte entre-vifs, elle ne fait pas preuve lorsqu'elle a eu lieu en l'absence du créancier. C'est ce qu'enseigne Favre (2) : « *Nec ea vis esse potest extrajudicialis confessionis, quæ* » *absente parte facta sit, ut obligationis plenam probationem* » *faciat.* » Combien, à plus forte raison, lorsqu'elle est faite dans un testament!

2057. Pour corroborer de plus en plus la doctrine qu'une confession de dette contenue dans un testament révoqué est également révoquée, nous citerons le Code du président Favre (3) et l'arrêt du Sénat de Chambéry qui y est rapporté. Il s'agissait d'un testament dans lequel Titius avait institué Mævius son héritier, en disant qu'il faisait cette institution parce que la mère de lui, testateur, l'avait chargé d'un fidéicommis de tous ses biens au profit dudit Mævius. Titius révoqua par la suite ce premier testament et institua un autre individu. On demanda, après la mort du testateur, si la confession, contenue dans le premier testament révoqué, pouvait avoir eu l'effet de conférer à Mævius un droit de fidéicommis irrévocable sur les biens maternels de ce même testateur. On faisait valoir que, dans l'intervalle des deux testaments, Titius avait mis Mævius en possession de ces biens; que la mère de Titius avait été comblée de bienfaits par Mævius; que la confession devait faire preuve parce

(1) Pomponius, l. 26, D., *De donat.*
(2) C., l. 4, t. II, *déf.* 4.
(3) l. 6, t. V, *déf.* 17.

qu'elle était exempte de fraude; on soutenait que la confession du testateur faite dans son testament devait faire preuve contre lui, *si nihil in contrarium probetur*, d'après Balde (1). On disait que cette confession était devenue irrévocable par l'acceptation. Favre avoue que ce système ne lui paraissait pas sans fondement, *eaque sententia mihi non improbabilis videbatur;* car, dit-il, je conçois bien qu'on puisse révoquer une volonté qui a dépendu de nous, qui est entièrement à nous, *ea quæ a revocantis voluntate pendent.* Mais il n'en était pas de même dans le fidéicommis en question; dès que la mère du testateur l'en avait chargé, il ne lui appartenait plus de s'y soustraire. Il ne pouvait plus se repentir, sans cause, d'une confession qu'il avait faite pour décharger sa conscience, d'autant plus qu'il avait mis le fidéicommissaire en possession. Mais le Sénat ne pensa pas ainsi : il déclara la confession révoquée, *hâc sola ratione motus quod, revocato per posterius priore testamento, a tota voluntate recessisset, cujus etiam dixerat se pœnitere : quasi confessio illa fideicommissi magis donandi animo, quam gratia explendæ fidei facta videretur ; sunt enim semper suspectæ hujusmodi confessiones.* Quant à la raison qu'on tirait de la mise en possession de Mævius, on y répondait en disant que, puisque le but du testament était de déférer l'hérédité, on ne pouvait tirer aucune conséquence d'une délivrance faite à une époque où l'hérédité n'était pas encore ouverte, et présumer que le testateur avait voulu préférer Mævius à l'héritier institué dans le second testament.

Quelle que soit l'opinion que l'on se fasse sur la manière dont le Sénat de Chambéry a envisagé l'acceptation, acceptation qui dans l'espèce pouvait ne pas exclure les circonstances frauduleuses, il est certain que les principes qui sont

(1) Balde sur la l. 1, C., *De falsa causa adj. legat.*, v° *Quæs. testator dixit.*

relatifs à la révocabilité des confessions de dettes faites purement et simplement par testaments et sur lesquels s'est appuyé le Sénat de Savoie, sont à l'abri de toute critique (1).

2058. Observons ensuite que si ces sortes de confessions de dettes étaient considérées comme irrévocables, on pourrait facilement s'en servir pour faire revivre, sous une autre forme, les clauses dérogatoires, et enchaîner la volonté du testateur qui doit être libre jusqu'au dernier moment. La suggestion s'en emparerait pour arracher des libéralités sous le titre de confessions de dettes (2).

2059. Il y a des cas, cependant, où la reconnaissance de dette consignée dans un testament, n'est pas révoquée par le testament postérieur. Le premier a lieu, suivant Furgole, lorsque celui qui se prétend créancier prouve la cause de la dette par quelque genre de preuve autre que la confession du testateur. Mais alors ce n'est plus en vertu du testament qu'il a un titre irrévocable, c'est plutôt en vertu de l'obligation dont il a prouvé l'existence.

Les autres cas se présentent, suivant M. Toullier, lorsque

(1) Voy. *supra*, n° 2056, les arrêts d'Aix, de Paris et de Dijon. Voy. aussi Merlin, Répert. de jurisp., v° *Testament*, t. XVII, p. 801.

(2) Nous avons lu quelque part (conclusions de M. l'avocat général Enjalric, rapportées par M. Dalloz, t. XXV, part. 2, p. 30) que tous les auteurs qui ont écrit avant le Code s'accordent à dire que la déclaration de dette contenue dans un testament n'est pas révoquée par un testament postérieur (Nîmes, 9 décembre 1822. Dalloz, 25, 2, 30). Cette assertion nous a surpris; car les jurisconsultes les plus distingués sont au contraire d'avis unanime, que les confessions de dettes faites par testament sont essentiellement révocables. Voy. notamment Furgole, *Traité des testam.*, ch. 11, nos 48 et suiv. Ricard, *loc. cit.*, part. 3, ch. 2, sect. 1, n° 111. Boniface, *Arrêts de Provence*, t. II, liv. 1, t. 15, ch. 1. Bretonnier *sur Henrys*, n° 51, ch. 1, *quest.* 6, après avoir été d'avis de l'irrévocabilité dans sa 1re édition, s'est rétracté dans sa 2e, et a soutenu que la confession était révocable. Merlin, Répert. de jurisp., t. XVII, p. 808, col. 1 *in fine*.

le testateur a exigé que celui en faveur de qui il se prétend débiteur, intervînt au testament pour accepter cette reconnaissance, ou lorsqu'il ordonne qu'il soit délivré au créancier absent un double de cette reconnaissance (1). Cependant l'héritier pourrait demander à prouver que la dette n'est pas réelle (2).

2060. Hors ces cas, la reconnaissance d'une dette dans un testament ne serait pas un titre, du vivant du testateur, en vertu duquel le créancier reconnu pût agir contre le testateur; car un testament ne peut produire d'effet qu'après la mort du testateur. Valère Maxime (3) nous a transmis à ce sujet un procès célèbre. Visellius Varron, atteint d'une grave maladie, se reconnut débiteur d'une somme considérable au profit d'Octacilia, avec laquelle il entretenait un commerce illicite. Il échappa au danger qui le menaçait et recouvra la santé, au grand déplaisir d'Octacilia, qui craignit de voir évanouir, par ce rétablissement, ses espérances de fortune. Abandonnant tout à coup le rôle d'une amante soumise, pour prendre celui de femme cupide qui lui convenait mieux, elle eut l'impudence de demander à Visellius Varron le payement de la dette qui ne faisait, au fond, que colorer un legs. Mais Caïus Aquilius, magistrat aussi recommandable par son caractère que par son savoir, rejeta la demande d'Octacilia.

2061. Les anciens auteurs ont agité la question de savoir si la confession d'une dette contenue dans un testament révoqué pouvait, du moins, servir de commencement de preuve par écrit; et ils se sont décidés pour l'affirmative (4).

(1) Toullier, t. V, n° 637.

(2) Pothier, *Donat. testam.* ch. 6, sect. 2, § 36, n° 306.

(3) Valère Maxime, l. 8, ch. 2, n° 2 (édit. Panckoucke, t. III, p. 125).

(4) Furgole, ch. 11, n° 48. Ricard, part. 3, n° 114.

MM. Toullier (1) et Merlin (2) embrassent aussi cette opinion. Il est, en effet, difficile de ne pas s'y rendre : car l'article 1347 appelle commencement de preuve par écrit tout acte écrit émané du débiteur, et qui rend vraisemblable le fait allégué (3).

J'observe toutefois que, d'après M. Toullier, la reconnaissance ne doit servir de commencement de preuve par écrit qu'autant qu'elle est faite au profit d'une personne capable (4). Mais pourquoi donc l'incapable ne pourrait-il pas s'en prévaloir aussi? On n'en voit pas la raison, et je crois, avec M. Merlin, que cette proposition est une erreur de M. Toullier (5). Seulement on peut dire que le juge se montrera plus difficile sur l'admission de la preuve (6).

2062. Ce que nous avons dit d'une disposition testamentaire qui contient une reconnaissance de dette, doit s'appliquer, par identité de raison, à la disposition par laquelle le testateur déclare qu'une dette, qu'il avait sur quelqu'un, lui a été payée par cet individu. Mantica décide que cette déclaration est révocable, à moins qu'elle n'ait été acceptée par le débiteur, et que par ce moyen elle n'ait obtenu la force d'un contrat (7).

2063. Du reste, s'il venait à être prouvé que la reconnaissance de dette est sincère et que le défunt était réellement obligé, comme il ne s'agirait plus ici d'un legs, la disposition ne serait pas caduque par le prédécès de celui en faveur de qui aurait été faite la reconnaissance de la dette. Il faudrait

(1) T. V, n° 637.
(2) Répert. de jurisp. v° *Testament*, t. XVII, sect. 2, § 6, p. 809 *in fine*.
(3) Arrêt de Pau, 13 juillet 1822 (Devill., 7, 1, 420).
(4) T. V, n° 637.
(5) *Loc. cit.*, p. 810, col. 1.
(6) Voy. *supra*, n°s 628 et 729.
(7) *De conject. ult. vol.*, l. 9, t. VIII, n°s 9, 10, 11.

appliquer ici, non les règles des testaments, mais celles des contrats (1).

2064. Lorsque la loi dit qu'un testament ne peut être révoqué que par un acte postérieur portant changement de volonté, elle autorise toutes les conjectures et présomptions desquelles on peut irrésistiblement tirer la conséquence que le testateur n'a pas voulu persévérer dans sa première résolution. Nous n'hésiterions donc pas à regarder comme contenant un changement de volonté, l'acte notarié par lequel le testateur déclarerait qu'il a été forcé par la crainte et la violence à faire son premier testament. Dire que ce testament est infecté du plus considérable de tous les vices, n'est-ce-pas le révoquer implicitement (2)? A la vérité, Bartole (3) enseigne une doctrine qui peut paraître contraire; mais ce jurisconsulte écrivait suivant le droit romain, qui ne permettait de révoquer un testament que par un testament (4). Aussi donnait-il pour raison qu'un testament parfait ne peut être infirmé par une déclaration de nue volonté. Mais on sent qu'il doit en être autrement sous le Code Napoléon, où la loi permet de révoquer un testament par un acte devant notaire, quoique cet acte ne soit qu'un acte de simple volonté.

2065. Un testateur peut-il faire revivre un premier testament révoqué par un second, en se bornant à révoquer ce second testament?

La négative est généralement adoptée; la révocation du second testament ne suffit pas pour faire revivre le premier; il faut qu'en outre le testateur manifeste formellement qu'il

(1) Nîmes, 9 décembre 1822 (Dalloz, 25, 2, 30).

(2) Mantica, *De conj. ult. volunt.*, lib. 2, t. VIII, n° 5.

(3) Bartole sur la loi 2, D., *Si quis aliq. oblig. test.* n° 14.

(4) *Supra*, n° 2407.

entend réhabiliter le premier testament précédemment révoqué (1).

Cependant un arrêt de Grenoble (2) a jugé que le testament révoqué par un testament postérieur reprenait son existence, par cela seul que le testament révocatoire se trouvait révoqué. Mais de nombreuses décisions ont été rendues en sens contraire à cette doctrine, et avec grande raison. N'y a-t-il pas témérité, en effet, à supposer qu'une simple révocation a nécessairement pour but, dans la pensée du testateur, de valider un ancien testament qu'il a peut-être oublié? Une seule chose doit être réputée certaine dans ce fait de révocation de la part du testateur, c'est que le testateur qui s'est borné à faire cette révocation, a voulu enlever la succession à l'héritier institué. Aller au delà, sous prétexte de pénétrer dans sa pensée, c'est aller trop loin. Et il n'y a aucune raison pour supposer qu'il a révoqué plutôt pour faire revivre le premier testament, que pour attribuer sa succession à ses héritiers *ab intestat*.

Loin de nous pourtant la prétention de vouloir faire considérer le premier testament comme anéanti, ainsi que, dans un système trop extrême, on a cherché à le soutenir. Nous ne confondons nullement ici la révocation et la nullité, qui sont deux choses bien distinctes et qui ont des effets bien opposés. Mais nous dirons avec le droit romain, l'ancienne jurisprudence, la doctrine et la jurisprudence actuelles, qu'un testament révoqué n'en est pas moins pour cela un acte certain, un acte réel, un acte propre à recevoir toute

(1) Grenier, 346. Delvincourt, t. II, n° 2, sur la p. 101. Toullier, t. V, n° 635. Poujol, n° 10, sur l'art. 1035. MM. Dalloz, *Disposit. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 1, n° 15. Douai, 3 novembre 1836 (Devill., 39, 2, 12).

(2) Grenoble, 14 juin 1810 (Devill., 3, 2, 288). Voy. aussi Merlin, *Répert. de jurisprudence*, v° *Révoc. de testam.*, § 4, n° 6. M. Coin-Delisle, n° 12. sur l'art. 1035.

son exécution, et que, pour le réhabiliter, il suffit d'une indication de volonté, sans qu'il soit nécessaire d'un nouveau testament contenant de nouvelles dispositions en forme testamentaire.

La loi 11, § 2, au Digeste, *De bonorum possessione secundum tabulas*, examine le cas où un testateur se donne en adrogation et voit ainsi, par ce fait volontaire de sa part, son testament révoqué. Plus tard, le testateur redevenu *sui juris*, meurt. L'héritier institué qui réclame l'hérédité, doit être repoussé par l'exception *doli mali*. Et Papinien, l'auteur de la loi, ajoute qu'il en aurait été autrement si le testateur eût déclaré par codicilles ou par autres lettres *eodem testamento se mori velle;* non pas, dit-il, que l'on puisse faire revivre un testament *nuda voluntate*, mais parce qu'alors cette déclaration résultant de codicilles ou de tout autre écrit, eût été un moyen de repousser l'obstacle qui s'opposait à l'exécution d'un testament régulier. Le testament, en droit romain, n'était donc pas considéré comme anéanti malgré sa révocation (1).

Dans notre ancien droit français, Ricard (2) est le seul auteur qui soutienne que le droit coutumier diffère sur ce point du droit romain. Et, du reste, son annotateur Bergier s'est chargé de le démentir ; car, à la suite du passage où Ricard expose son opinion, on lit qu'à la date du 22 mai 1691, un arrêt du parlement fut rendu contrairement à son opinion et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général D'Aguesseau.

Nous ne pouvons faire mieux, pour indiquer les véritables

(1) Voy. Cujas, *Quest. Papiniennes*, sur la loi 11, § 3, *De bonorum possessione secundum tabulas*. *Junge* le président Favre, *Conject.*, l. 20. ch. 18.

(2) *Loc. cit.*, part. 3, no 178.

principes en cette matière, que de citer les paroles de D'Agnesseau (1).

« Le testament révoqué par le testateur, dit-il, existe tou-
» jours en lui-même; c'est toujours un acte réel, un acte
» dont la matière n'est point anéantie. La formalité est en-
» tière, sa solennité n'est point effacée. En un mot, l'acte en
» soi a tout ce qu'il faut pour valoir et pour être exécuté.
» Quelle est donc la cause qui lui ôte, pour ainsi dire, l'être
» et le nom de testament? C'est une cause en quelque ma-
» nière extérieure, qui est hors de l'acte : c'est le change-
» ment de la volonté du testateur prouvé par un acte sui-
» vant. Tant que cette cause subsiste, le testament ne peut
» être exécuté; une absence de volonté le rendrait nul; un
» retour certain de volonté est absolument nécessaire pour
» le rétablir dans son premier état. Mais aussitôt que cette
» volonté paraît, alors le testament revit de plein droit. »

Ces principes, du reste, sont les mêmes sous le Code Napoléon. Et un arrêt de cassation du 4 déc. 1811 (2) en a fait l'application en déclarant que le Code ne défend pas de faire revivre un testament révoqué, et qu'il n'est pas nécessaire de transcrire de nouveau dans l'acte de révocation les dispositions confirmées du premier testament. D'autres arrêts ont pareillement décidé soit formellement, soit implicitement, que le testament révoqué pouvait revivre, lorsque le testateur en avait manifesté l'intention dans l'acte révocatoire (3).

La décision serait la même si le dernier acte de révocation

(1) *Plaidoyer* 46, p. 220 et suiv.

(2) Devill., 3, 1, 432.

(3) Douai, 3 novembre 1836 (Devill., 39, 2, 12). Cassat., 22 mars 1837 (Devill., 37, 1, 309). Dijon, 8 mars 1838 (Devill., 38, 2, 134). Grenoble, 29 novembre 1842 (Devill., 43, 1, 513) Cassat., rej., 7 février 1843 (Devill., 43, 1, 513). Voy. aussi Grenier, *Donat.*, no 346, t. I, et la note de la p. 542, t. II. Delvincourt, t. II, no 2, sur la p. 101, p. 382. Toullier, t. V,

n'était pas rédigé en forme testamentaire, si la révocation et la déclaration qui l'accompagnent avaient été faites seulement en la forme notariée, aux termes de l'art. 1035. Le premier testament n'ayant point cessé d'exister, il suffit que l'exception qui l'empêchait d'être exécuté soit effacée par une volonté formellement exprimée. La révocation n'a pas détruit le testament, elle l'a seulement paralysé, pendant un temps plus ou moins long, au gré du testateur. D'ailleurs un acte notarié portant révocation ne laisse aucune incertitude sur le changement de volonté du testateur, et offre autant de garantie qu'une révocation par testament; un pareil acte doit donc avoir la même puissance et réagir avec autant d'énergie qu'un testament sur le dernier testament (1).

ARTICLE 1036.

Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires.

SOMMAIRE.

2066. Disposition de cet article.

2067. Du principe admis en droit romain, que l'on ne pouvait décéder partie *testat*, partie *intestat*. — Exception à ce principe pour les codicilles. — Du droit coutumier.

2068. Rejet des idées romaines en cette matière, lors de la rédaction du Code Napoléon.

n° 635. MM. Poujol, n° 10. sur l'art. 1035. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testaments.*, ch. IX, sect 1, art. 1, n° 15.

(1) Cassat., 22 mars 1837 (Devill., 37, 1, 309). Dijon, 8 mars 1838 (Devill., 38, 2, 134). Voy. aussi une remarquable dissertation sur cette question, par M. Paul Pont dans la *Revue de législat.*, t. VIII, p. 104.

2069. La question de savoir si deux dispositions contenues dans deux testaments sont contraires, est une question de fait.
2070. Exemple d'incompatibilité de dispositions testamentaires.
2071. Distinctions à faire pour apprécier s'il y a incompatibilité : — 1° Si le legs deux fois répété est d'un corps certain ;
2072. 2° Si la même personne est deux foix légataire de quantités différentes.
2073. Règle de Bartole dans le cas où les deux legs de quantités différentes procèdent de la même cause.
2074. Suite.
2075. De l'incompatibilité entre deux legs de quantité lorsqu'il y a *translatio de casu in casum*,
2076. Ou lorsqu'il y a *translatio de persona honorata in personam honoratam*.
2077. Difficulté, dans ce cas, pour apprécier si le testament a voulu appeler une personne à la place d'une autre. — Décision des lois romaines sur ce point.
2078. Ces décisions doivent être suivies sous le Code.
2079. De la révocation lorsque le testateur a exécuté le legs de son vivant.
2080. Affaire Dumas Lavareille.
2081. Suite.

COMMENTAIRE.

2066. L'art. 1036, préférant la règle des pays coutumiers aux principes du droit écrit, veut que lorsqu'il n'y a pas de clause expresse de révocation, un testament postérieur ne puisse annuler le premier que dans les dispositions contraires ou incompatibles.

2067. Le droit romain s'opposait à ce que le même individu pût mourir avec deux testaments. La raison en est sensible : d'après la maxime que nul ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*, le testament était la distribution entière de l'hérédité. Or, on ne peut donner deux fois la même chose, sans qu'il y ait changement de volonté; le premier testament n'avait donc plus pour lui la volonté du disposant, et comme la deuxième disposition doit l'emporter

sur la première (1), il s'ensuivait que le deuxième testament rompait le premier, même dans le cas où il n'y avait pas clause expresse de révocation : *ipso jure prius tollitur testamentum* (2).

Mais rien n'empêchait qu'on ne pût décéder avec deux codicilles; car le codicille ne faisait pas d'héritier, il ne portait pas distribution de l'hérédité; on ne lui accordait que le privilége de faire des legs ou fidéicommis. Dans le cas où il y avait deux codicilles, le second ne dérogeait au premier que lorsqu'il y avait contrariété de dispositions : *Si a prioris tenore discrepat et contrariam voluntatem continet, revocatum esse* (3).

Dans les pays coutumiers, on pouvait décéder avec plusieurs testaments; car les testaments y étaient considérés comme codicilles. Le deuxième testament ne détruisait le premier qu'autant qu'il contenait des dispositions incompatibles ou la clause de révocation (4).

2068. Le Code Napoléon, qui n'a pas adopté les idées romaines sur les institutions d'héritier, a dû se prononcer pour ce dernier parti, et c'est ce qu'il a fait.

M. Favard, orateur du Tribunat, tint à ce sujet ce langage, qui ne nous paraît pas à l'abri de la critique :

« Sur la révocation des testaments, on s'est écarté, dit-il, » du principe d'après lequel le testament était censé révoqué » par un testament postérieur. On présumait que telle avait » été l'intention du testateur. Cette présomption pouvait » être contraire à la vérité; la loi ne doit établir que des pré- » somptions certaines et infaillibles. Il est donc convenable

(1) « *Posteriora derogant prioribus.* » L. 12, 47, 67, D., *De hæred. instit.* L. 19, C., *De fideic.* L. 3, C., *De fideic.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 313, nos 201 et suiv.

(2) L. 27, C., *De testam.*

(3) L. 3, C., *De codicillis. Instit., De adempt. legat.* (*in princip.*).

(4) Argou, *Instit. au droit français*, l. 2, ch. 7.

» d'exiger que le deuxième testament contienne la déclara-
» tion précise que le testateur change de volonté; c'est ce
» que porte le projet : il veut que les testaments postérieurs
» qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précé-
» dents, n'annulent dans ceux ci que les dispositions qui
» seront incompatibles avec les nouvelles, ou qui y seront
» contraires (1).

M. Favard aurait dû distinguer les pays de droit écrit des pays coutumiers; car le principe « qu'un testament posté-
» rieur révoque le précédent, » n'était suivi que dans les provinces soumises au droit romain. D'un autre côté, il n'est pas exact de dire que ce soit sur une présomption qu'est fondé le principe dont nous parlons, et d'ajouter que cette présomption n'est pas infaillible. Nous le répétons : à Rome, le testament contenait la distribution entière de l'hérédité. Or, lorsque l'hérédité était déjà distribuée dans toutes ses parties, si le testateur faisait un second testament, c'est-à-dire une distribution nouvelle de tous ses biens, n'y avait-il pas de sa part changement formel de volonté? Est-il possible de donner deux fois la même chose d'une manière différente, sans renoncer à la première disposition qu'on en a faite? Est-ce là une présomption douteuse, incertaine, susceptible de controverse, ou une preuve *juris et de jure* aussi persuasive qu'il est possible d'en administrer?

Les Coutumes et le Code ont, à la vérité, suivi des règles différentes; mais c'est parce que le point de départ n'était pas le même. Dans les pays régis par la coutume, et, d'après les principes du Code Napoléon, le testament ne renferme pas nécessairement la distribution de l'hérédité entière : donc les portions laissées disponibles par le premier testament, peuvent être données par le second testament, sans qu'il y

(1) Locré, t. XI, p. 507, n° 21. Fenet, t. XII, p. 642.

ait incompatibilité : donc le même individu peut décéder avec plusieurs testaments.

2069. C'est au magistrat qu'il appartient de juger si deux dispositions contenues dans deux testaments sont contraires ou incompatibles. La question est, du reste, de fait plutôt que de droit, ainsi que l'a reconnu plusieurs fois la cour de cassation, en décidant que c'est là un point qui rentre dans le domaine exclusif des juges du fond, et qui ne peut donner ouverture à cassation (1).

2070. Cependant quelques exemples ne seront pas inutiles.

Ainsi premièrement, il y a incompatibilité lorsqu'il y a changement dans la chose donnée : *quum translatio fiat de re ad rem*, suivant l'expression de Voët (2).

Par exemple, le testateur, après avoir légué à Titius la pleine propriété d'une chose dans un premier testament, lègue à ce même Titius, dans un second, l'usufruit. Le second legs révoque le premier; car l'existence de tous les deux serait incompatible. Le testateur ne lègue une partie de la chose que parce qu'il ne veut pas que le legs de la chose entière subsiste.

On trouve dans le Digeste une espèce qui se rattache à ceci et qui doit être signalée. *Item si pro fundo decem legentur*,

(1) Cassat., rej., 22 juin 1831 (Devill., 31, 1, 253). Cassat., rej., 29 mai 1832 (Devill., 32, 1, 436). Cassat., rej., 8 juillet 1835 (Devill., 35, 1, 741). Cassat., rej., 30 mars 1841 (Devill., 41, 1, 406).—Du reste, il a été décidé que lorsqu'une personne a laissé sous la même date, trois testaments olographes contenant la même institution d'héritier et diverses dispositions au sujet de légataires particuliers, ces trois testaments, si rien n'indique que l'un d'eux doive être préféré, sont censés n'en faire qu'un quant à ce qu'ils ont de conforme entre eux. Par suite, l'institution d'héritier doit recevoir exécution nonobstant la clause révocatoire que chacun des testaments renferme, cette clause, en pareil cas, ne s'appliquant qu'aux testaments d'une date antérieure qui pourraient exister. Agen, 6 décembre 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 175).

(2) *De adim. legat.*, n° 7.

quidam putant non esse ademptum prius legatum; sed verius est ademptum esse : novissima enim voluntas servatur. Le testateur avait légué un fonds dans un premier testament; il lègue à la même personne, par un deuxième testament, une somme d'argent, et le jurisconsulte Paul décide que le deuxième legs fait évanouir le premier.

Pour la saine intelligence de cette loi, il faut remarquer qu'il résultait du testament, ou tout au moins des circonstances, que le testateur avait voulu mettre une chose à la place de l'autre. C'est ce qui apparaît de ces mots : *si pro fundo decem legentur.*

2071. Mais dans les cas où cette intention du testateur ne ressortira pas de ses dernières dispositions, il faut se demander si le legs est d'un corps certain d'une même espèce, ou si c'est le legs d'une quantité.

1° Si le legs est d'un corps certain d'une même nature, et qu'il se trouve répété dans un second testament, il ne sera dû qu'une fois en vertu du dernier testament : « *Mela scrip-* » *sit si fundus in dote sit et specialiter sit legatus, mox gene-* » *raliter dos relegata, non bis, sed semel deberi fundum.* » Car le testateur qui répète plusieurs fois une disposition de ce genre, est censé *non sæpius eamdem rem legare, sed magis sæpius loqui,* comme dit Papinien (1). Pour que le legs soit dû deux fois, il faudra que le légataire prouve que le testateur a voulu lui léguer, dans le second testament, l'estimation de ce qu'il avait légué dans le premier; mais, dans le doute, la première disposition sera révoquée par la seconde, ou, pour mieux dire, toutes deux se confondront ensemble (2).

Que si le testateur a légué, dans le premier testament, un corps certain d'une certaine espèce, et que, dans le second,

(1) L. 66, § 5, D., *De legat.*, 2°.
(2) Voët, *De legat.*, n° 34.

il lègue à la même personne un corps certain d'une espèce différente, les deux legs seront dus. Par exemple, Titius lègue à Caïus un cheval, et, par un second testament, il lui lègue une montre à répétition : on ne peut supposer que le testateur ait voulu changer de volonté (1).

2072. 2° Passons au cas où le legs est d'une quantité.

Suivant Pothier (2), si dans le premier testament le testateur a légué une certaine quantité, et si dans le second il lègue une quantité différente à la même personne, il y a présomption qu'il a voulu modifier la première disposition par la seconde (3).

Mais, d'après la doctrine de Bartole, cette règle est trop générale et pourrait conduire à de grandes erreurs. Voici la distinction que fait le commentateur italien :

« Si une quantité se trouve deux fois léguée à la même » personne dans deux actes différents de dernière volonté, » ou ces deux legs sont faits purement et simplement, sans » aucune relation apparente de l'un à l'autre, alors dans le » doute le testateur est censé avoir voulu redoubler le » legs (4); ou bien ces deux legs ont été légués *ob unam et* » *eamdem causam*, et c'est alors le dernier qui doit préva- » loir (5). »

A notre avis, cette opinion est préférable à celle de Pothier. Bartole ne s'attache pas à la différence de quantité des deux dispositions, ainsi que le fait l'auteur des Pandectes ; il ne demande qu'une chose : les deux legs ont-ils rapport l'un à l'autre, procèdent-ils de la même cause?

(1) Bartole sur la loi *Mævius*, § *Eum qui*, au tit. *De legat.*, 2°, Dig.

(2) *Pandectes*, t. II, p. 317, n° 318.

(3) L. 18 *in princip.*, D., *De adim. legat.*

(4) L. 12, D., *De probat. et præs.*

(5) L. 18, D., *De adim. legat.* L. 9, D. *eodem titulo.* L. 11, C., *De legat.*

Titius lègue par un testament 150 francs de rente viagère à son cocher pour ses services; par un second testament qui ne révoque pas le premier, il lègue au même individu 100 francs de rente viagère aussi pour ses services. Ce dernier legs révoque le premier, par la raison qu'étant fait *ob unam et eamdem causam*, comme dit Bartole, on voit clairement que le testateur a voulu renoncer à sa première disposition. Cette raison seule tranche la difficulté : c'est elle, bien plus que la différence des quantités, qui nous explique le changement de volonté du tetateur.

Mais dans un premier testament, Titius lègue 10,000 francs à Sempronius; puis, dans un codicille fait plusieurs mois après, il lègue 5,000 francs au même Sempronius; il n'explique pas la cause de ces legs; il ne dit rien qui puisse faire connaître son intention révocatoire. Devra-t-on les payer tous deux, ou bien décidera-t-on que Titius a voulu réduire à 5,000 francs sa première libéralité?

Suivant Pothier, on devrait le décider, attendu la différence de quantités. Mais cette décision serait bien hardie. Qui me dit en effet que le testateur a changé d'intention pour diminuer le legs? Qui me répondra qu'il n'a pas voulu étendre, au contraire, les effets de sa générosité? Dans le doute, la provision est due au titre. Le légataire se présente avec deux actes valables; ces deux actes doivent être exécutés en ce qui le concerne, jusqu'à ce que l'héritier ait prouvé que l'un des actes est inutile. C'est la décision formelle de la loi 12, D., *De probationib.*, si heureusement citée par Bartole.

On dira peut-être que la loi 12 parle du cas où une même somme se trouvait léguée d'abord dans un testament, et ensuite dans un codicille, et que ce n'est que lorsqu'il s'agit de la répétition de la même somme que la loi se prononce, dans le doute, pour le cumul des legs. Mais je réponds que

je ne vois pas pourquoi le legs serait dû deux fois parce que la somme est la même, tandis qu'il ne serait dû qu'une fois si la somme portée dans le dernier testament n'est pas la même. Il me semble, au contraire, que la loi 12 prend la différence dans ses points les plus extrêmes, et qu'elle pose le cas le plus susceptible de difficulté pour en tirer un argument *a fortiori*. Ne peut-on pas dire, en effet, que cette similitude de la première et de la deuxième disposition est un indice que le testateur a persisté dans sa première intention, et que s'il l'a manifestée deux fois, c'est moins pour redoubler le legs que pour lui assurer tous les moyens possibles d'existence et d'exécution. D'ailleurs, Celsus se décide, dans la loi 12, par un motif général : la provision est due au titre. Le légataire a deux titres : donc il a deux créances; donc, dans le doute, on doit les lui payer.

Pothier cite pour preuve de son opinion la loi 18 D., *De aliment. legat.* Mais il faut remarquer, d'après Bartole, que si, dans l'espèce de cette loi, la dernière disposition révoque la première, c'est parce que l'une et l'autre avaient été faites *ob unam et eamdem causam.*

2073. Ce que nous avons dit du cas où un legs d'une quantité est fait par un second testament à un individu déjà légataire d'une autre quantité, doit s'appliquer au cas où le testateur qui, dans un premier testament, aurait légué 1,000 francs à Titius, lui léguerait dans le second une montre à répétition. Si ces deux legs ont été faits *ob unam et eamdem causam*, et si le testateur a voulu mettre la montre à la place de la somme, il y a révocation du premier legs. Mais si cette volonté ne résulte pas du testament, on doit, dans le doute, faire valoir les deux legs ; car ils ont le titre en leur faveur, et par conséquent la présomption (1).

(1) Voy. sur tout ceci Furgole, ch. 11, no 118. L'opinion de Furgole nous paraît absolument conforme à celle de Bartole : « De ces textes, dit-il, on

Sans faire cette distinction, qui est la seule boussole en cette matière, M. Toullier décide que si, après avoir légué le fonds Cornélien à Titius dans un premier testament, je lui lègue 100 écus dans le deuxième, le premier legs est révoqué par le second (1).

Mais la raison dit que dans cette espèce toute nue, telle que la pose M. Toullier, sa solution est mauvaise. Elle contrarie la loi 12 *De probation.* au Digeste; et c'est en vain que M. Toullier cite à l'appui la loi 6, § 2, *De adim. legat.*, que nous avons rapportée ci-dessus; car dans cette loi le testateur avait clairement la volonté de substituer une chose à une autre : « *si pro fundo decem legentur.* »

Cette erreur de M. Toullier n'a pas échappé à M. Merlin (2). Mais les raisons que nous avons données dans le cours de cette dissertation, la rendent encore plus palpable.

2074. Revenant à la règle de Bartole, ajoutons que l'on pourra peut-être objecter, pour la combattre, que la multiplication des legs ne se présume pas. Mais pour quel cas cette règle a-t-elle été faite? C'est pour un cas tout à fait étranger à celui qui nous occupe. On va s'en convaincre.

Dans le droit romain on pouvait léguer une même chose à deux personnes *per damnationem* dans des dispositions séparées. Par exemple : *Hæres meus, Titio fundum Tusculanum dare damnas esto : hæres meus, Mævio eumdem Tusculanum dare damnas esto.* D'après le droit ancien, on avait décidé que chacun devait avoir le legs *in solidum*, c'est-à-dire

» peut tirer la règle que toutes les fois que la deuxième disposition regarde » les mêmes personnes, et qu'il s'agit des mêmes choses, la deuxième dis- » position révoque la première. » L'avis de Bartole est aussi celui de Cujas (*Observ.*, nº 14, nº 19). *Junge* Menochius, lib. 4, *præsumpt.*, 128. Voët, *De legat.*, nº 34. Celsus, l. 12, D., *De probat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 317, nº 217.

(1) Toullier, t. V, nº 643.

(2) Répert. de jurisp., vº *Révoc. de legs*, t. XVII, § 2, p. 529.

l'un la chose, l'autre l'estimation (1). Mais, par la loi unique, § 11, au Code, *De caducis tollendis*, il fut décidé que l'on ne présumerait pas la multiplication des legs et que les légataires seraient appelés par portions égales.

La règle qu'on ne doit pas présumer la multiplication des legs, ne doit donc être appliquée qu'avec discernement. Elle est d'ailleurs combattue par l'autre maxime qu'on ne présume pas la révocation du premier legs par le second; car on s'exposerait au reproche contenu dans la loi 91, § 3, D., *De verb. oblig.* « *Plerumque sub auctoritate juris scientiæ* » *perniciose erratur.* » Rappelons-nous toujours cet avis de Sabinus et de Paul : « *Quum regula in aliquo vitiata est,* » *perdit officium suum* (2). »

2075. Deuxièmement, il y a encore incompatibilité et par conséquent révocation du premier legs, lorsque le testateur change les modalités dont ce legs est environné. C'est ce que Voët appelle *translatio de casu in casum.* Cette translation a lieu, par exemple, dans le cas où le disposant rend pure et simple la disposition qui, dans le premier testament, était conditionnelle *et vice versa* (3).

2076. Troisièmement, la révocation n'est l'objet d'aucun doute lorsque le testateur transporte la chose léguée dans un premier testament, à une personne qu'il gratifie dans un deuxième testament. C'est ce qu'on appelle translation *de persona honorata in personam honoratam.* Par exemple, la maison que j'ai léguée à Titius, je la lègue à Sempronius (4).

(1) Caïus, *com.*, 2, § 205; Ulpien, *Fragm.*, t. XXIV, §§ 11 et 12.

(2) Paul, l. 1, D., *De regul. juris.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 698, nos 1 et 2.

(3) Voët, *De adim. leg.*, n° 7. Paul, l. 6, D., *De adim. leg.* Ulpien, l. 7, D., *De adim. leg.*

(4) Paul. *loc. cit. Instit.*, *De adempt. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 433, no 26. Voët, *loc. cit.*, no 7.

Dans le cas de cette translation, la charge, le mode, le temps, la condition, qui se trouvaient apposés dans le premier legs, sont répétés dans le second : il faut excepter toutefois le cas où la charge est personnelle (1).

Il faut excepter aussi le cas où la translation du legs se fait avec des charges spéciales; alors les charges du premier legs ne sont pas censées répétées dans le second (2).

Enfin, une dernière exception a lieu, suivant Mantica (3) et Paul de Castro (4), dont il invoque l'autorité, lorsque les charges et les conditions de la première disposition ayant été accomplies, il ne reste rien à faire. Par exemple, Titius lègue 20,000 francs à Mævius, à la condition qu'il fera placer son portrait dans la chapelle des jésuites à Bastia. Titius fait lui-même placer ce portrait, et dans un deuxième testament, il transfère à Caïus le legs qu'il avait fait à Mævius. Il est clair que le legs sera devenu pur et simple, n'y ayant plus de charge à accomplir. On oppose que l'accomplissement de la charge par le testateur révoque le legs (5). Ce principe n'est vrai que si la charge constitue une cause finale. Ici le placement du portrait dans la chapelle n'a pu être qu'une cause impulsive, puisqu'après l'avoir fait lui-même, le testateur considérant que le legs de 20,000 francs subsistait toujours, l'a transmis à une autre personne.

2077. Il n'est pas toujours facile d'apercevoir quand le testateur a voulu appeler une personne à la place d'une au-

(1) Voët, *loc. cit.* Mantica, *De conject. ultim. vol.* l. 12, t. III, n° 3 : « ... *Nisi talis sit conditio*, dit-il, *quæ personæ cohæreat et per alium æque* » *impleri non possit.* »

(2) Bartole sur la l. 30, D., *De adim. legat.* Mantica, *loc. cit.*, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 434, n° 33.

(3) *De conject. ultim. vol.*, l. 12, t. III, n° 3.

(4) *In consil.* 326, n° 2, vol. 1.

(5) Voy. *infra*, n° 2103 et n° 2106.

tre : car il y a des cas où deux personnes peuvent ne pas se nuire pour profiter ensemble de la libéralité.

Dans le droit romain voici quelle était la règle pour distinguer si le testateur, en appelant une nouvelle personne à la chose léguée, avait eu ou non l'intention de révoquer la première disposition. D'abord, en ce qui concerne l'institution d'héritier contenue au profit de deux personnes différentes dans deux testaments différents, c'était un principe invariable que le deuxième testament annulait et révoquait de plein droit le premier (1). A l'égard des legs qui pouvaient être contenus dans divers codicilles, ou dans un testament et un codicille subséquent, la révocation n'avait lieu que lorsque la seconde disposition était faite avec l'intention de révoquer la première. Autrement, on supposait que le testateur avait voulu partager sa libéralité entre les deux appelés, en leur léguant la chose par la conjonction *re tantum* (2) : *si eadem res, in primis et secundis tabulis, diversis personis legatur, legatum non videtur ademptum a primo legatario; sed ambo sunt re conjuncti ita ut faciant sibi partes per concursum. Pari ratione, si res quæ fuit uni legata in testamento, alteri fuit relicta in codicillis, non intelligitur adempta a primo; sed ambo concurrunt* (3).

2078. Dans les principes du droit français, où nous considérons les institutions d'héritier comme des legs, la décision des lois romaines à l'égard des legs doit être suivie. On dira à la vérité que nous n'admettons pas la conjonction *re tantum*, lorsque la chose est donnée par deux actes différents. Mais il faut remarquer que si le Code a envisagé la conjonction *re tantum* sous un jour différent du droit romain, c'est seulement pour savoir si elle doit ou non produire l'accrois-

(1) *Supra*, n° 206.
(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 455, n° 34.
(3) Mantica (d'après Alexandre), *loc. cit.*, l. 12, t. II, n. 3.

sement. Au surplus, il est clair que les deux dispositions n'ont rien nécessairement d'incompatible et que deux personnes, par exemple, peuvent être simultanément appelées au legs d'une même chose (1). Ainsi, si par un premier testament j'ai institué Caïus mon légataire universel, je pourrai instituer, par un second, Titius aussi mon légataire universel, sans que cette deuxième disposition révoque la première.

Ainsi j'institue par un premier testament Caïus en une quote-part de biens, et par un deuxième testament, Titius, dans l'universalité de ma succession. Les deux dispositions pourront concourir (2); car le legs général ne révoque pas le legs spécial, soit que celui-ci suive ou précède. « Je lègue à Titius mon cheval arabe; je lègue à Caïus tous mes chevaux; » ou bien, « je lègue à Caïus tous mes chevaux; je lègue à Titius mon cheval arabe. » Ces deux dispositions peuvent subsister sans se contrarier. En effet, dit Mantica (3), « *si speciale præcedat, minuit generale per non comprehen-* » *sionem, quia de speciebus alteri legatis testator non intelli-* » *gitur cogitasse; si vero speciale subsequatur, imminuit ge-* » *nerale per revocationem et translationem.* » Voilà pourquoi la jurisprudence décide (4) qu'un legs à titre universel ou à titre particulier contenu dans un testament, doit être exécuté, quoiqu'il y ait un deuxième testament contenant un legs universel en faveur d'une autre personne.

Enfin, si par un premier testament je lègue ma maison à Caïus, et que par un deuxième je la lègue à Sempronius, sans dire que je révoque le premier testament par le deuxième,

(1) Merlin, Répert. de jurisp., v° *Révoc. de legs*, t. XVII, § 2, p. 530. Toullier, t. V, n° 646.

(2) Grenier, n° 289. Merlin, Répert. de jurisp., v° *Révoc. de legs*, t. XVII, *loc. cit.*

(3) Mantica, *de conject. ult. vol.*, l. 12, t. II, n° 28.

(4) Nîmes, 7 février 1809 (Devill., 3, 2, 16). Grenoble, 22 juin 1827 (Devill., 8, 2, 381). Riom, 8 novembre 1830 (Devill., 33, 2, 494).

Caïus et Sempronius concourront, parce qu'il n'y a pas d'incompatibilité.

2079. La révocation du legs a lieu également quand le testateur exécute, de son vivant, la libéralité que d'abord il avait voulu remettre après sa mort. Car alors le legs devient inutile; la donation postérieure le rend sans objet : de là cette règle des docteurs : « *legata vivo testatore præstari possunt* (1); » elle s'appuie sur les lois 22, D., *De legat.*, 2°, et 6, D., *De auro legat.*

L'empereur Alexandre en donne un exemple dans la loi 11, C., *De legat.* (2). Un père avait légué une somme d'argent à sa fille; puis il lui donne en dot, de son vivant, une somme pareille. La fille n'aura rien à réclamer en vertu du testament : « *Filia legatorum non habet actionem, si ea quæ in* » *testamento reliquit, vivus pater postea in dotem dederit* (3).

On trouve dans la loi 22., D., *De legat.*, 2°, une décision fondée sur le même ordre d'idées.

Ce n'est pas ici une disposition de dernière volonté qui vient se mettre en contradiction avec une disposition de dernière volonté antérieure. C'est un acte entre-vifs, une donation qui ôte au legs sa cause et son effet, en procurant sur-le-champ à la personne gratifiée l'avantage que d'abord le testateur n'avait voulu lui assurer qu'après sa mort. Le père a voulu prévenir son décès; il n'a pas voulu faire attendre sa fille.

Si le père n'avait donné à sa fille qu'une partie de la somme léguée, celle-ci aurait action pour le surplus (4).

(1) Godefroy sur la loi 11, C., *De legat.* Doneau, 8, *comm.* 1, 11. Brunemann sur la loi 11, C., *De legat.* Cujas sur la loi 1, D., *Pro hærede.* Voët, *De adim. legat.*, n° 6. Mantica, 12, 6, 18.

(2) Voy. sur cette loi Cujas, sur le Code, tit. *De legat.* Fachinée, *controv.* 5, 55.

(3) *Et vice versa*, l. 84, § 6, D., *De legat.*, 1°, et 29, D., *De jure dot.*

(4) Fachinée, *loc. cit.* Voët, *loc. cit.*

Cela est certain, malgré la controverse qui a existé sur ce point entre les interprètes. Oldradus s'était prononcé pour l'action : Dynus s'était prononcé contre. Mais Oldradus avait pour lui Balde, Paul de Castro, Jason, Fachinée et autres, et la saine appréciation des faits était d'accord avec leur opinion.

Bartole proposait un tempérament assez spécieux : si le testament, disait-il, a laissé 400 à Titia pour son établissement, et si son père l'établit de son vivant avec 200, Titia n'aura rien à réclamer au delà des 200 après la mort de son père ; car la cause du testament est remplie, puisque la fille est établie; le testament devient inutile pour le surplus.

Cependant cette interprétation nous paraît trop sévère. Il n'est pas probable que le père ait voulu réduire un bienfait qui ajoutera au bien-être de sa fille et à la prospérité de son établissement (1). Les 400 ont été donnés pour son établissement; c'est aussi à son établissement qu'ils profitent.

2080. Ces questions déjà décidées par arrêt de la cour de Toulouse, du 14 juin 1825, confirmé en cassation le 25 juin 1828 (2), et par arrêt de la cour de Rouen du 3 décembre 1846 (3), se sont présentées dans une espèce jugée par la cour d'appel de Paris (première chambre), le 29 avril 1851, sous ma présidence.

J.-B. Dumas Lavareille, qui possédait une fortune considérable, fit, le 8 septembre 1825, un testament dans lequel il donnait à chacun des enfants de son frère, Martial Lavareille, la somme de 100,000 francs à payer à chacun d'eux, à leur majorité ou à leur mariage.

J.-B. Lavareille survécut longtemps à ce testament. Son

(1) Argument de la loi 22, D., *De legat.*, 2°.
(2) Devill., 9, 1, 119.
(3) Devill., 47, 2, 332.

frère avait plusieurs filles et des garçons. Il tenait beaucoup à ce que ses nièces contractassent de bonnes alliances avec les meilleures familles du pays. Il voulut favoriser leur établissement par ses libéralités.

L'aînée épousa, le 21 juillet 1834, M. Grand du Basty. J.-B. Lavareille lui donna 60,000 francs comptant par contrat de mariage.

La seconde se maria, le 18 février 1844, avec M. Corn-Queyssac. L'oncle lui fit donation, en avancement d'hoirie, et sur la succession future de lui, donateur, d'une somme de 100,000 francs. Il paya comptant 40,000 francs ; mais il stipula que les 60,000 francs restant ne seraient exigibles que trois ans après le décès du donateur.

La troisième nièce de J.-B. Lavareille épousa en 1846, M. Leclère. L'oncle lui donna aussi 100,000 francs par contrat de mariage. La seule différence entre ce contrat et le précédent, c'est 1° que l'acte ne porte pas que la donation est faite en avancement d'hoirie; 2° que la donation est soumise à un pacte de retour au profit du donateur en cas de prédécès de Madame Leclère sans enfants.

Enfin, la quatrième nièce de J.-B. Lavareille, épousa, le 2 juin 1847, M. de Fouscaberte. L'oncle lui donna 100,000 francs, dont 40,000 francs comptant et 60,000 francs exigibles après sa mort.

M. Lavareille décéda à Paris, le 14 juin 1848. Sa fortune restait encore considérable. Cependant les événements de février en avaient beaucoup diminué l'importance.

Plusieurs héritiers se présentaient, car la famille de Lavareille était nombreuse. Il y avait trois branches :

1° La branche Lavareille composée de sept neveux et nièces.

Outre les quatre nièces dont nous venons de parler, il se trouvait trois neveux, fils de Martial Lavareille, et frères de

mesdames du Basty, Corn-Queyssac, Leclère et de Fouscaberte.

2° La branche Bardon, d'une sœur du défunt.

3° La branche Laforet, d'une autre sœur du défunt.

La succession devait donc se partager par tiers.

Les quatre nièces de M. de Lavareille ont demandé la délivrance du legs de 100,000 francs fait à chacune d'elles par le testament du 9 septembre 1825, et, s'en tenant à ce legs, elles ont renoncé à la succession. Au contraire, les héritiers ont soutenu que ces legs avaient été révoqués par les donations contenues dans les contrats de mariage.

Un jugement du tribunal de la Seine, du 11 janvier 1850, se prononça pour la révocation.

Le tribunal considère que ces legs ont été faits pour être payés lors du mariage, et que les donations faites plus tard par l'oncle, au moment du mariage de ses nièces, ne sont que l'exécution de ces legs.

Il remarque que si le cumul était adopté, on arriverait à ce résultat bizarre, à savoir que les nièces de Lavareille recevraient deux fois plus que leurs trois frères, ce qui n'était pas dans la pensée du testateur.

Le tribunal argumente ensuite d'un projet de testament de 1847, dont nous parlerons tout à l'heure et qui, suivant lui, contient des indices de nature à confirmer ses appréciations.

Sur l'appel, la cause fut plaidée avec force par Me Duvergier pour le cumul et par Me Thureau contre le cumul.

2081. Voici les raisons qui ont déterminé mon opinion.

La loi 12 au D., *De probat.* (1), veut que celui qui se présente avec deux titres successifs de libéralité, puisse prétendre à un double payement. Car ces deux titres font sa

(1) Tirée des écrits de Celsus.

preuve ; la provision leur est due, et c'est à celui à qui ils sont opposés à prouver que la libéralité ne doit pas être redoublée.

Mais, d'après ce texte même, la preuve contraire peut être faite, et il faut rechercher dans les actes et circonstances de la cause s'il ne résulte pas qu'une libéralité absorbe l'autre.

Nous avons vu ci-dessus, d'après Bartole, que lorsque deux libéralités procèdent *ex una et eadem causa*, toutes deux ne sauraient concourir (1). Nous avons vu l'application de cette règle par les textes mêmes du droit romain et notamment par les lois 22, D. *De legat.*, 20, et surtout 11, C. *De legatis*.

Cette dernière a une application directe à notre difficulté. C'est un testateur qui lègue 400 à sa fille, et qui ensuite lui donne 400 en dot; or, le jurisconsulte décide que les deux dons ne sauraient être cumulés; c'est l'espèce actuelle dans sa simplicité. Il est clair que lorsque le donateur possède à titre gratuit la chose qui fait l'objet de la libéralité, le legs antérieur de cette même chose est sans cause (2).

Bartole, en commentant la loi 11, fait une remarque qui a de l'importance. Il enseigne que si les 400 n'avaient pas été légués à la fille en vue du mariage, la libéralité devrait être redoublée; car 400 donnés à titre de dot, n'empêchent pas le don de 400 à un autre titre. « *Si vero legavit quanti-* » *tatem, si quidem expressit causam, quia dixit pro dote,* » *tum dotando eam, extinguit legatum* (L. *Lucius*, 88, § *Im-* » *puberem*, 7, D., *De legat.*, 2°). *Si autem relinquit quanti-* » *tatem simpliciter, tum dotando eam postea, simplex legatum* » *non extinguitur* (L. *Quinquaginta*, D., *De probat.*). »

Cette distinction est raisonnable. Mais ici on peut dire

(1) N° 2072.

(2) Argument de la loi 88, § 7, D., *De legat.*, 20.

avec certitude que dans l'intention de Lavareille, le mariage de ses nièces était une des causes principales du legs de 100,000 fr. Il désire leur établissement; il espère qu'elles pourront se marier avant l'âge de la majorité; il déclare, en conséquence, que c'est au moment de leur mariage que les 100,000 fr. seront payés; et ce n'est qu'autant qu'elles ne seront pas mariées avant vingt et un ans, que les 100,000 fr. leur seront payés à leur majorité. Le mariage est donc la circonstance qui prévaut dans l'esprit de Lavareille.

Maintenant que se passe-t-il?

Lavareille voit sa vie se prolonger; ses nièces grandissent sous son œil; et il est témoin de ces établissements successifs qu'il a appelés de ses vœux, et qu'en 1825 il craignait ne devoir s'effectuer qu'après lui. Que fait-il? (1) il dote ses nièces; il leur paye à leur mariage ces 100,000 fr. qui, dans son propre testament, sont déclarés payables à cette époque. N'est-ce pas à dire que le testateur a acquitté lui-même les legs de son vivant?

Il y a cependant un fait particulier en ce qui concerne madame Grand du Basty. Celle-ci n'a reçu par son contrat de mariage que 60,000 fr., tandis que le testament lui en assure 100,000. Conclura-t-on de là que les deux libéralités n'ont pas de connexité, et que la donation n'est pas le payement partiel du legs? Ce serait s'écarter de l'évidence. Lavareille a donné un à-compte sur les 100,000 fr., mais son testament le laisse débiteur à sa mort de 100,000 fr.; voilà tout.

Le tribunal a eu tort, sans doute, de ne pas voir que le don de 60,000 fr. n'éteignait le legs que jusqu'à due concurrence; il a eu tort de le déclarer aboli pour le total. Il a appliqué l'opinion de Dynus, contrairement aux textes du

(1) Voy. *supra*, nº 320, où il est dit que la condition est bien accomplie, quoiqu'elle soit accomplie avant le décès du testateur.

droit romain et à l'opinion de tous les auteurs. Sur ce point, il y a lieu à réformation. Lavareille n'a opéré qu'une compensation partielle; le surplus du legs reste debout.

Il faut insister, à présent, sur cette idée qui est fondamentale, à savoir, que Lavareille, en constituant les dots, n'a fait que réaliser la pensée contenue dans son testament. Pour la mettre en lumière, il existe des raisons prises du testament et des raisons extrinsèques.

Mettons-nous d'abord au moment précis où Lavareille va disposer. L'économie de son testament est que ses nièces ne reçoivent de lui que 100,000 fr. Il distribue tous ses biens entre les trois branches; puis il institue son frère légataire universel. Il est vrai que ce frère est Martial Lavareille, père des demoiselles Lavareille, et le testateur peut raisonnablement penser que ses nièces trouveront dans la succession de leur père une augmentation de fortune. Il n'en est pas moins vrai que le testateur veut que tout ce qui excède les legs laissés par lui, passe par les mains de son frère, que ce dernier en devienne propriétaire, qu'il en dispose à son gré. Il ne laisse à ses nièces rien de plus que 100,000 fr.

Que se passe-t-il ensuite? Le légataire universel meurt en 1839; la disposition faite à son profit devient caduque, et tous les biens que le testateur lui destinait vont former une masse qui, à moins de dispositions nouvelles de la part de Lavareille, se partagera à sa mort entre les trois branches.

Il est certain que Lavareille a songé à faire un nouveau testament, et à réparer le triste dérangement que la mort de son frère avait occasionné dans ses dispositions. Cependant rien n'a abouti, et Lavareille n'a laissé qu'un projet imparfait de testament. Quoi qu'il en soit, les constitutions de dot, dont il s'agit au procès, sont-elles des dispositions nouvelles, tendant à augmenter la somme des libéralités faites par le testament de 1825? c'est ce qu'il est difficile d'admettre.

Avant que le décès du légataire universel ne vînt porter le trouble dans les combinaisons du testament de 1825, une des nièces de Lavareille avait été mariée ; elle avait épousé Grand du Basty en 1834, et Lavareille lui avait donné en dot une somme de 60,000 francs payée comptant.

Dans cette position, il n'est nullement admissible que Lavareille ait entendu ajouter ces 60,000 fr. aux 100,000 fr. légués en 1825 ; car il n'aurait fait ce cumul qu'en affaiblissant le legs universel fait à son frère et qu'en brisant l'économie du testament. Il aurait enrichi la nièce aux dépens du père, et non-seulement il aurait porté une sorte d'atteinte à l'autorité paternelle de son frère, mais il aurait établi une inégalité parmi les enfants Lavareille, entre ceux qui se mariaient et ceux qui ne se mariaient pas encore. Il se serait exposé à se laisser surprendre par la mort sans avoir pu prendre les moyens de rétablir l'équilibre, sans avoir fait cesser une préférence pour la dame Grand du Basty, que rien ne justifiait. Il est bien plus raisonnable de penser qu'il a entendu payer à mademoiselle Lavareille, le jour de son mariage, un à-compte sur les 100,000 francs qui, d'après le testament de 1825, devaient lui être payés ce même jour-là. *Intelligitur facta animo compensandi*, comme dit le cardinal Mantica (1).

Le testament lui-même contient une disposition qui prouve combien Lavareille était imbu de ces idées d'imputation en 1825. Au moment où il testait, une seule de ses nièces, de la branche Laforet, était mariée : c'était madame Lamare. Dans cette branche, il laissait à chaque enfant 60,000 francs. Mais comme il avait donné à madame Lamare 25,000 francs en la mariant, il déclare formellement, dans le testament, que cette dame n'aura à réclamer que

(1) *Conject.* 12, 6, 18.

35,000 francs pour arriver aux 60,000 francs. Par là, on voit que, dans la pensée de Lavareille, les dots se liaient aux legs, et que tout cela était fait *ob unam et eamdem causam*, comme dit Bartole. Le testateur ne veut pas que les dots s'ajoutent aux legs pour briser l'égalité entre les enfants d'une même branche. Pourquoi donc Lavareille n'aurait-il pas obéi au même système quand il a doté madame Grand du Basty ? N'avait-il pas les mêmes raisons ? le même besoin d'égalité n'existait-il pas?

On dira peut-être que Lavareille a exprimé sa volonté à l'égard de madame Lamare, et que, ne l'ayant pas exprimée à l'égard de madame Grand du Basty, on ne saurait argumenter du premier cas au second. La réponse est facile : Lavareille ne pouvait rien dire, dans son testament de 1825, d'une constitution de dot qu'il n'a faite qu'en 1834. De plus, quand il a doté madame Grand du Basty, en 1834, il ne devait pas dire que cette dot s'imputerait sur les legs portés au testament de 1825. On peut bien exprimer qu'un legs se compensera jusqu'à due concurrence avec une donation préexistante. Mais la réciproque n'a pas lieu, parce que le legs est un acte révocable, et que, d'ailleurs, il est secret de sa nature. Quel est l'homme qui va révéler les dispositions de son testament?

Il est donc certain que la donation des 60,000 francs, faite à madame du Basty, par son contrat de mariage, n'est que le payement jusqu'à due concurrence des 100,000 fr. à elle promis par le testament de 1825.

En est-il de même des trois autres donations postérieures de 1844, 1846 et 1847 ? On n'en saurait douter. Il n'y a pas de motif pour penser que Lavareille s'est écarté de ses idées d'imputation et d'égalité. De même qu'il a payé le legs de dot à madame du Basty, de même il l'a aussi payé à ses trois sœurs. La seule différence est qu'il l'a payé en totalité pour

les trois sœurs, tandis qu'il ne l'avait payé qu'en partie pour la première.

L'identité de la somme payée en dot et de la somme léguée en dot (100,000 francs) prouve de plus en plus l'identité de cause entre le legs et la donation. *Una et eadem causa.*

Cependant on peut faire une objection. Après le mariage de madame du Basty, son père, légataire universel de Lavareille est décédé, et ce n'est que postérieurement à sa mort que les trois sœurs ont été établies. On ne peut donc pas dire ici que Lavareille a été arrêté par le désir de ne pas atténuer le legs universel de son frère et par le sentiment si naturel de ne pas préférer ses nièces à ce dernier.

Mais cette objection n'est pas solide. Reste toujours que Lavareille a payé en dot ce qui avait été légué en dot, et cela suffit. On peut y ajouter qu'il avait l'idée de remplacer par un autre testament celui de 1825, bouleversé par la mort de son frère, et qu'il devait ajourner toute augmentation de libéralité jusqu'au moment suprême où il réglerait le sort de sa fortune dans une vue d'ensemble pour toute sa famille.

La correspondance ne laisse pas de doute à cet égard. Une lettre, du 15 janvier 1845, écrite par Lavareille à sa belle-sœur, dit que la somme de 100,000 francs n'est qu'un à-compte, et qu'il leur réserve un dernier souvenir.

Dans une autre lettre du 15 janvier 1845, il dit à madame de Corn-Queyssac, qu'indépendamment des 100,000 francs, « il espère lui offrir, ainsi qu'à ses autres nièces, un dernier » souvenir. » Enfin, dans une troisième lettre du 9 mars 1845, écrite à sa belle-sœur, il dit qu'il espère que « ses » nièces auront de lui un souvenir qui ne sera pas éloigné de » 200,000 francs. Avec la fortune de la maison, vous pouvez » les apprécier dans leur fortune pour le chiffre environ de

300,000 francs. » A ce moment, la fortune de Lavareille touchait à son apogée. Que promet-il à ses nièces? 200,000 francs environ venant de lui, qui, ajoutés à 100,000 environ qu'elles ont de leurs parents, portent leur avoir à 300,000 francs.

Mais voyez les termes dont il se sert : il emploie des expressions desquelles il résulte que ce souvenir qu'il veut offrir à ses nièces n'est pas du tout le testament de 1825, mais que c'est dans un testament à faire qu'il le consignera. S'il eût eu en vue le testament de 1825, il n'aurait pas parlé de 200,000 francs comme de chose approximative. Il aurait parlé de 200,000 francs tout juste. Du reste, le projet du 10 septembre 1847 prouve bien que, depuis la mort de son frère, Lavareille était dominé par l'idée de faire un testament.

Ces arguments sont suffisants pour prouver l'*una et eadem causa* des legs et des dots. Ce que demandent les nièces de Lavareille, c'est un privilége qui détruirait l'égalité prévue dans le testament et qui, contre toute probabilité, mettrait une inégalité choquante, imméritée et inexplicable, entre les frères réduits au legs de 100,000 fr. et les sœurs ayant des avantages doubles.

Pour fortifier ces raisons, il n'est pas nécessaire d'argumenter d'un projet de testament du 10 septembre 1847, envoyé à Lavareille par le notaire Pelincan, et duquel il résulte que Lavareille préférait ses neveux à ses nièces, et se croyait quitte envers celles-ci par les dots constituées. Il est difficile de tirer parti d'un tel écrit, qui n'a pas eu pour lui le *supremum defuncti judicium;* les premiers juges lui ont donné une importance exagérée.

Il faut cependant s'arrêter à une objection que présente la donation faite à madame Corn-Queyssac, le 18 février 1844: c'est la clause d'après laquelle cette donation est faite en

avancement d'hoirie et sur la succession future du disposant. On peut dire que, puisque la donation est faite en avancement d'hoirie, en avancement de la succession *ab intestat* du disposant, elle ne doit pas être considérée comme l'exécution d'un legs, d'une disposition testamentaire.

Mais Lavareille a-t-il bien compris la portée de ces expressions, qui du reste ne sont pas dans les autres donations?

A proprement parler, l'avancement d'hoirie ne s'entend que de ce qui provient d'un ascendant (1), et ces mots n'ont pas de sens dans la bouche d'un oncle qui peut d'un seul mot, d'un seul caprice, disposer de sa succession entière au profit d'un étranger. Ils ont une signification profonde quand c'est un ascendant qui parle, parce qu'il est débiteur de sa succession envers ses enfants, et qu'il peut leur avancer quelque chose sur ce qu'il leur doit. Mais est-ce qu'un oncle est débiteur de sa succession envers ses nièces? Est-ce qu'il a à leur avancer quelque chose sur ce qu'il ne doit pas, sur une chose qu'une fantaisie de sa part peut leur enlever pour le tout? On risquerait donc de se tromper en prenant à la lettre ces mots déplacés, et il est plus probable que Lavareille a pu vouloir dire, dans sa pensée, qu'il faisait l'avancement du legs, qu'il accélérait une libéralité qui sans cela n'aurait été payable qu'à l'ouverture de son hoirie. Après tout, une telle locution peut-elle déranger l'accord des faits, la suite logique des actes, l'enchaînement des présomptions? Je ne le pense pas, et je crois devoir appliquer à la cause la loi 11, C. *De legatis*.

Il y a une dernière considération.

Si Lavareille n'avait pas eu la pensée de faire un dernier testament, que serait-il arrivé dans l'état du testament de 1825? C'est que chaque donataire et légataire aurait été

(1) Dumoulin *sur Paris*, art. 24. Brillon, v° *Avancement d'hoirie*.

obligé de rapporter, c'est qu'il aurait fallu partager en trois lots égaux au profit des trois branches, une fortune qui dans son dessein ne devait pas se diviser également entre ces trois branches pour lesquelles son affection n'était pas égale.

L'arrêt fut rendu conformément à ces motifs (1).

ARTICLE 1037.

La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.

SOMMAIRE.

2082. Dans le cas dont il est ici question, le testament n'est pas nul.
2083. La disposition de cet article est empruntée au droit romain.
2084. Assimilation des cas de prédécès et d'indignité prévus par cet article.

SOMMAIRE.

2082. On comprend qu'il y a une grande différence entre les cas prévus par cet article et celui où le testament est nul (2). Ici on voit une volonté claire de retirer la libéralité; cette volonté est environnée de toutes les formes probantes, tandis que lorsque l'acte est nul, rien ne prouve l'existence de cette volonté (3).

(1) Paris, 29 avril 1851 (Devill., 51, 2, 367).

(2) *Supra*, n° 2050.

(3) Mais il a été décidé que la clause révocatoire de tous testaments antérieurs écrite dans un dernier testament contenant au profit du même légataire des dispositions qui se trouvent viciées de nullité, doit être réputée sans effet, lorsqu'il est reconnu par les juges que cette révocation était conditionnelle, pour le cas seulement où le dernier testament recevrait son exécution, et qu'à cet égard, l'interprétation du juge du fond est souveraine et ne saurait donner ouverture à cassation. Req. 10 juillet 1860 (*J. Pal.*, 1861. p. 275).

2083. Le principe contenu dans notre article est emprunté aux lois romaines. La loi 20 au D., *De adim. legatis,* et la loi 34 au D., *De legatis,* 1°, décident formellement que la révocation du legs doit avoir lieu quand même le deuxième légataire serait incapable de recueillir.

2084. Le Code ne parle pas ici du cas du prédécès du légataire ; mais il n'est pas douteux que le prédécès du légataire aurait la même conséquence. La loi 78, D., *ad S. C. Trebellianum* (1), le décidait expressément, et la jurisprudence l'a jugé dans le même sens (2).

Il doit en être de même si le légataire a encouru l'indignité (3).

Dans ces divers cas, la volonté de révoquer du testateur n'est pas moins certaine que dans le cas prévu par notre article.

Article 1038.

Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur.

SOMMAIRE.

2085. L'aliénation de la chose faisant l'objet du legs, indique suffisamment le changement de volonté du testateur.

V. encore Req. 5 juillet 1858 et Paris 25 mars 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 484, 487; Devill., 58, 1, 577; 59, 2, 499.)

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 433, n° 27.

(2) Bordeaux, 19 mars 1833 (Devill., 33, 2, 414). Cassat., rej., 13 mai 1834 (Devill., 34, 1, 321).

(3) Maleville, *Analyse raisonnée du Code,* sur l'art. 1037, t. II, p. 494. Grenier, n° 344. Delvincourt, n° 10, sur la p. 101. M. Coin-Delisle, note 1, sur l'art. 1037.

2086. Sens du mot aliénation.
2087. Effet de l'aliénation nulle.
2088. Quel sera le sort du legs si la chose léguée devient l'objet d'une donation et si la donation n'est pas acceptée ?
2089. Arrêt de cassation dans l'affaire du testament d'Ignace Parleani.
2090. Que si la donation faite à la personne gratifiée dans le testament contenait absolument les mêmes dispositions, il n'y aurait pas là de révocation.
2091. A moins que l'intention de révoquer n'apparût bien clairement.
2092. L'aliénation nulle sous le rapport des formalités extérieures, n'opère pas révocation.
2093. Le retour de la chose aliénée entre les mains du disposant ne fait pas revivre le legs.
2094. L'art. 1038 ne concerne pas le legs universel.
2095. Quelles aliénations produisent l'effet de révoquer une disposition testamentaire. — Exemples.
2096. Autre exemple tiré de l'interdiction du testateur.
2097. Suite.
2098. Suite.
2099. Du caractère de l'aliénation révocatoire.
2100. Cas dans lesquels la présomption de révocation résultant de l'aliénation cesserait d'avoir effet.
2101. Le bail à longues années, le gage, l'hypothèque, ne sont pas considérés comme des aliénations révocatoires.
2102. Autre cas de révocation tacite du legs.
2103. Il y a révocation lorsque le testateur fait cesser le motif dont il a fait dépendre sa libéralité.
2104. Mais il faut, pour cela, que le motif que le testateur fait cesser soit la cause finale de la disposition.
2105. Exemple tiré de Mantica.
2106. De la condition apposée au legs et accomplie par le testateur lui-même.
2107. De la révocation des testaments par la rature, la lacération et la rupture des sceaux.
2108. C'est aux héritiers institués à prouver que le testament a été biffé et lacéré *inconsulto*.
2109. Du reste, les circonstances de fait peuvent avoir en cette matière beaucoup d'importance. — Exemple.
2110. Que si le testament cancellé est trouvé chez un tiers, *quid?*

2111. *Quid* lorsque le testament n'est biffé qu'en partie?

2112. *Quid* si le testament, étant fait en deux doubles, l'un de ces doubles a été biffé et raturé ?

2113. Du cas où il est prouvé que c'est par fraude que le testateur a été empêché de consommer l'entière révocation de son testament.

2114. Le testateur peut-il exiger du notaire la remise de son testament par acte public, afin de l'anéantir?

2115. Circulaire du 25 avril 1809.

2116. La remise d'un testament mystique peut-elle être exigée par le testateur?

2117. La lacération des sceaux d'un testament mystique n'opérerait révocation qu'autant que le testament renfermé sous l'enveloppe ne serait pas olographe.

2118. Le droit romain admettait d'une manière absolue qu'un deuxième testament révoquait le premier.

2119. La survenance d'enfant opérait pareillement révocation.

2120. Il en était de même de l'ancienneté du testament.

COMMENTAIRE.

2085. L'art. 1038 contient un exemple remarquable de la révocation tacite du legs : c'est celui où le testateur aliène la chose léguée. Cette aliénation est une preuve manifeste du changement de volonté du testateur, et le Code n'a fait qu'ériger en loi un principe formellement consacré par le droit romain (1).

2086. Par aliénation, la loi entend tout ce qui fait sortir la chose des mains du testateur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ainsi que nous le verrons plus tard. Par exemple, la donation, la vente, l'échange sont des actes contenant aliénation du domaine. Et comme ils peuvent être accompagnés de certaines modalités qui en altèrent les

(1) Paul, l. 15, D., *De adim. legat.* Papinien, l. 24, § 1, D. *cod. titulo.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 7. Voët, *Ad Pand., De adim. legat.*, n° 6. Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. VI, nos 1 *et seq.*

effets, mais qui n'en changent pas l'essence, rien n'empêche qu'on ne considère comme un titre d'aliénation la donation avec pacte de retour, la vente avec faculté de rachat, l'échange avec condition que l'exécution n'aura lieu que dans un certain temps (1).

2087. Il y a plus, et la présomption de changement de volonté résultant de l'aliénation est tellement forte qu'elle anéantit le legs, quand même cette aliénation serait nulle ou inutile, comme le dit positivement notre article, d'après la loi précitée de Papinien et d'après tous les auteurs : « *Nec* » *refert utrum alienatio voluntaria effectum habuerit, an ob* » *legis prohibitionem nulla sit* (2). » Ainsi, l'ademption du legs ne pourrait pas être contestée, quand même la donation aurait été faite à un incapable. Nulle par le défaut de capacité du donataire, elle vaut comme preuve de révocation et d'ademption du legs.

2088. Ceci fait naître la question de savoir quel serait le sort du legs si, postérieurement au testament, le testateur avait donné la chose léguée et que la donation n'eût pas été acceptée. On saisit tout de suite la nuance qui existe entre ce cas et le précédent. Là, la donation était complète, quoique nulle; ici, elle manque d'un de ses termes. Mais cette nuance est-elle assez sensible pour commander une solution différente?

Cette question doit être examinée au point de vue des principes du droit, et aussi au point de vue de l'intention du donateur. Elle se complique de ces deux éléments.

En droit, il faut se pénétrer d'une vérité, c'est que ce n'est pas tant l'aliénation qui révoque le legs, que la volonté d'aliéner. Quand je donne à un incapable, il n'y a pas d'a-

(1) Texte de l'art. 1038. Voy. *infrà*, le n° 2099, où il sera question d'une modalité plus grave, à savoir la condition suspensive.

(2) Voët, *loc. cit.* Mantica, *loc. cit.*

liénation; et cependant le legs est révoqué, par la raison que ma volonté ne concourt plus avec la libéralité que j'avais faite, et que j'y renonce, au contraire, autant qu'il est en moi.

Partant de cette idée nous dirons : la donation non acceptée n'est pas parfaite sans doute, mais c'est en ce sens qu'elle ne peut obliger le donateur et que ce dernier peut à son gré la révoquer. Sous un autre rapport, elle contient une preuve manifeste du changement de volonté; elle peut servir à prouver que le donateur a renoncé à ses intentions bienfaisantes pour le légataire, et qu'il a voulu faire tourner ses libéralités au profit d'une autre personne; elle démontre enfin que le legs n'a pas eu pour lui *supremam defuncti voluntatem*, comme dit Papinien. Il n'en faut pas davantage pour la révocation.

2089. C'est ce que la cour de cassation a jugé, le 25 avril 1825, dans les circonstances suivantes (1) :

Ignace Parleani fait un testament public le 30 août 1809, et lègue tous ses biens à la commune de Pioggiola, pour l'établissement d'une école primaire qui devait être tenue par un ecclésiastique.

Par ce testament, Parleani donnait l'usufruit de tous ses biens au maître qui serait désigné, et auquel il imposait l'obligation de servir de vicaire au curé, et de donner la nuit l'hospitalité aux pauvres voyageurs qui viendraient la réclamer.

Il disait que dans le cas où il se trouverait parmi les descendants de ses deux nièces des sujets capables d'enseigner, et qui recevraient l'approbation de l'autorité, le maître en exercice serait obligé de résigner sa fonction entre leurs mains et de leur abandonner la jouissance de ses biens.

Le 16 septembre 1812, Parleani révoqua ce testament. Il

(1) Devill., 8, 1, 109. *J. Palais*, 19, 480.

disposa de nouveau de sa fortune au profit de la commune par donation entre-vifs, aussi pour l'établissement d'une école primaire; mais les autres dispositions furent modifiées ainsi : 1° les descendants ecclésiastiques de ses nièces, qui n'étaient appelés que secondairement à la jouissance des biens dans le testament, furent investis sur-le-champ de l'usufruit et de l'administration, si, parmi eux, se trouvait un sujet capable de tenir école; 2° le choix du maître appartenait à la municipalité, tandis que, par le testament, il devait être partagé par le curé, reconnu par l'évêque et approuvé par le préfet; 3° enfin le maître tenant école était déchargé de l'obligation de servir de vicaire et de celle de donner l'hospitalité aux pauvres voyageurs.

Par une clause finale, Parleani déclarait annuler toute autre disposition quelconque faite avant celle-ci, voulant que cette dernière seulement fût exécutée suivant sa forme et teneur.

Parleani mourut sans que la commune fît son acceptation; elle réclama les biens en vertu du testament.

La cour de Corse admit cette prétention, en se fondant sur ce que, la donation et le testament étant au profit de la même personne, on ne pouvait supposer un changement de volonté; que la donation loin de révoquer le testament, faisait voir au contraire que le disposant avait persisté dans l'intention de gratifier la commune; que s'il y avait quelques changements dans les autres dispositions du testament, cela ne concernait pas les libéralités faites à la commune, mais bien celles faites au maître de l'école.

Quant à la clause révocatoire, la cour de Corse disait qu'étant générale et ne portant pas précisément sur le testament, on devait la regarder comme de style, et comme impossible à appliquer à deux dispositions qui ont foncièrement la même destination.

Cet arrêt fut déféré à la cour de cassation et cassé le 25 avril 1825.

La cour de cassation considéra que la donation révoquait doublement le testament, 1° parce qu'elle contenait aliénation de tous les biens donnés dans le testament, ce qui est une révocation tacite, et que, quoiqu'elle fût faite au profit de la même personne, néanmoins les clauses et conditions étaient différentes; 2° parce que, indépendamment de cette révocation tacite, elle contenait une révocation expresse dont on n'avait pu empêcher l'effet sans violer l'art. 1035 du Code Napoléon (1).

Cet arrêt est fondé sur les véritables principes, et la cour de Corse les avait évidemment méconnus, sous prétexte d'une intention probable qui ne pouvait se soutenir en présence de la clause révocatoire renfermée en termes si énergiques et si précis dans la donation. Une telle clause, revêtue de toutes les formalités constitutives d'un acte public, ne pouvait être foulée aux pieds sans méconnaître la foi due aux actes les plus solennels (2).

Nous pensons que la cour suprême a rétabli le fait et le droit dont la cour de Corse s'était écartée.

2090. Ajoutons cependant que si l'aliénation faite par donation à la personne déjà gratifiée contenait absolument les mêmes dispositions, sans aucun changement de conditions ni de clauses, et sans clause révocatoire, alors la donation ne pourrait être considérée comme une révocation de

(1) La doctrine de cet arrêt fut suivie par la cour de Lyon, à laquelle l'affaire fut renvoyée. Lyon, 7 février 1827 (Devill., 8, 2, 328). Conf. Bordeaux, 3 août 1858 (Dalloz, 59, 2, 82; J. *Palais*, 1859, p. 198; Devill., 59, 2, 142). V. aussi MM. Marcadé, art. 1038, n° 1; Aubry et Rau, t. VI, p. 192, note 29; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 298, note 16.—V. cependant Paris, 11 décembre 1847 (Dalloz, 48, 2, 129), et M. Demante, t. IV, n° 185 *bis*, I.

(2) *Supra*, n°s 2046 et suiv.

legs; ce serait là au contraire la confirmation expresse du legs. C'est ce que la cour de cassation a encore décidé par arrêt du 6 juin 1814 (1), « attendu, dit cet arrêt, que la » disposition de l'art. 1038, qui déclare le legs révoqué par » l'aliénation postérieure de la chose léguée, est évidem- » ment fondée sur la présomption légale d'un changement » de volonté de la part du testateur; mais que cette pré- » somption cesse de plein droit lorsque l'aliénation est faite » au profit de la personne même du légataire. »

Mais s'il s'agissait d'une donation faite à une autre personne que le légataire, il est évident, ainsi que nous venons de le démontrer, que cette donation, quoique nulle par le défaut d'acceptation du donataire, serait suffisante pour révoquer le legs.

2091. Néanmoins, il ne serait pas impossible que l'intention bien démontrée du donateur fît fléchir les raisons de droit sur lesquelles nous nous sommes appuyé jusqu'à présent.

Supposons qu'il soit constaté que le testateur avait entendu subordonner sa révocation à l'acceptation du donataire; que, par exemple, il se soit abstenu, à dessein, de rendre la donation contradictoire avec lui, se réservant d'examiner plus tard s'il lui donnerait suite, dans ce cas et autres analogues, où surtout la clause de révocation ne serait pas exprimée, comme elle l'était dans l'espèce rapportée au numéro 2089, on pourrait très-bien décider, sans se mettre en contradiction avec les principes du droit, qu'une telle donation est un acte incomplet, et qu'elle n'a pas la vertu de révoquer le testament. C'est ainsi qu'on peut expliquer, peut-être, un arrêt de la cour de Paris, du 11 décembre 1847 (2), qui a soulevé les critiques des arrêtistes.

(1) Devill., 4, 1, 577.
(2) Devill., 1848, 2, 337.

Nous serions assez porté à croire que les observations de ces derniers n'ont pas tenu assez de compte des circonstances de fait qui ont pu influencer l'arrêt de la cour d'appel.

2092. Malgré la généralité des termes dont se sert notre article, on ne devrait pas avoir égard à l'aliénation, dans le cas où elle serait entachée, non pas d'un défaut de capacité ou d'une nullité tenant à des solennités extrinsèques, mais d'une nullité touchant à la forme extérieure. Par exemple, si la donation était nulle par défaut de forme, elle n'annulerait pas un legs contenu dans un précédent testament ; car un tel acte, n'étant pas revêtu de formes probantes, ne pourrait produire aucun effet, et il devrait être considéré comme non avenu (1). Si donc la révocation était expressément contenue dans un acte notarié nul sous le rapport des solennités extérieures, elle ne pourrait pas opérer (2). A plus forte raison serait-elle insuffisante si elle résultait tacitement d'un acte qui n'a pas les conditions nécessaires pour son existence.

2093. Notre article déclare formellement, d'après une jurisprudence qui n'a été contestée à aucune époque, que le retour de la chose aliénée dans la propriété du disposant ne fait pas revivre le legs, soit que ce retour s'opère par voie de rachat, soit qu'il ait lieu d'une autre manière (3). En effet, la disposition, ayant été anéantie une fois par la volonté attachée à l'aliénation, ne peut recouvrer son existence que par une nouvelle déclaration de volonté revêtue des solennités requises par la loi. Voët développe ce principe avec la justesse qui le distingue (4).

(1) Voy. *contra*, MM. Aubry et Rau *sur Zachariæ*, t. V, p. 725, note 20. Devill., en note, 48, 2, 337.

(2) *Supra*, n° 2050, art. 1035.

(3) Mantica, *loc. cit.*, n° 6.

(4) *Loc. cit.*, n° 6.

2094. L'article 1038 n'est applicable qu'aux legs d'un corps certain ou d'objets déterminés, définis et limités. Il ne le concerne pas le legs universel qui comprend tout ce que testateur laissera à son décès, ni le legs à titre universel qui comprend une quote-part de l'universalité des biens. Ainsi, si Titius, après avoir institué Caïus son légataire universel, vend tous ses biens, on ne peut pas dire que le legs universel soit révoqué, quand même la vente ne laisserait rien dans la succession ; car le legs pourrait devenir utile par la suite, si des biens venaient à échoir dans l'hérédité du défunt (1). Cette solution est applicable surtout quant le legs et la vente ont été faits à la même personne (2).

2095. Examinons maintenant quels actes constituent une aliénation dans le sens de la loi, et quelles aliénations produisent l'effet de révoquer une disposition testamentaire.

D'après le droit romain, toutes les aliénations n'étaient pas une preuve que le testateur avait voulu révoquer sa libéralité : on n'attribuait cet effet qu'aux aliénations volontaires. « *Quando alienatio facta est ex libera voluntate.* » Mais si l'aliénation était faite *ex necessitate*, le legs n'était censé révoqué qu'autant que l'héritier prouvait que le testateur avait voulu changer de volonté. Si cette preuve n'était pas rapportée, on présumait qu'il n'y avait pas de changement,

(1) Cassat, 17 mai 1824 (Devill., 7, 1, 480. *J. Palais*, 1824, t. III, p. 49). Cassat., 15 février 1827 (Devill., 8, 1, 528. *J. Palais*, 1828, t. I, p. 319). Cassat., 15 novembre 1841 (Devill. 42, 1, 179). Cassat., req., 1er décembre 1851 (Devill., 52, 1, 25). Colmar, 7 août 1834 (Devill., 1835, 2, 223). Montpellier, 20 avril 1842 (Devill., 42, 2, 34). Req., 27 mars 1855 (*J. Palais*, 1856, t. II, p. 33) 15 mai 1860 (*J. Palais*, 1860, p. 1118 ; Devill., 60, 1, 625 ; Dalloz, 60, 1, 277).

(2) Cassat., 7 mai 1808 (Devill., 2, 1, 527. *J. Palais*, 1808, t. II, p. 321). Liége, 19 novembre 1811 (Devill., 5, 2 619). Toullier, t. V, n° 659.

et l'héritier était obligé de racheter la chose, ou d'en donner le prix (1).

Les interprètes avaient posé comme une règle générale que, dans le doute, l'aliénation à titre onéreux était censée faite *ex necessitate* (2). Ainsi, comme l'échange était un contrat d'aliénation à titre onéreux, ils décidaient qu'il n'opérait pas de changement de volonté, à moins que l'héritier n'eût fourni la preuve (toujours très-difficile et souvent presque impossible) que le testateur avait renoncé à sa première disposition.

On peut dire avec confiance que le Code Napoléon a rejeté ces conjectures subtiles, source intarissable de procès et de controverses. Toute aliénation, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, doit donc être considérée comme opérant la révocation du legs sans distinction du cas où elle a été faite avec ou sans nécessité. C'est ce qu'explique très-nettement le tribun Jaubert dans son rapport au Tribunat (3).

Ainsi donc le legs ne sera pas moins révoqué, quoique la vente de l'objet légué ait eu lieu par suite du besoin où se trouvait le testateur de vendre son bien pour payer ses dettes; il ne peut avoir persisté dans une volonté libérale dont il a reconnu lui-même qu'il lui était impossible de réaliser les effets (4).

Quant à la vente subie par le disposant, pour cause d'utilité publique ou de saisie réelle, il est évident que si elle n'entraîne pas la révocation du legs par changement de vo-

(1) Ulpien, l. 11, § 12, D., *De legat.*, 3°. Modestin., l. 18, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 431, n° 8. Mantica, *loc. cit.*, n°s 12 et 13. Voët, *loc. cit.*, n° 6.

(2) Mantica, *loc. cit.*

(3) Fenet, t. XII, p. 611. Locré. t. XI, p. 474.

(4) Même lorsque l'aliénation a été faite par le tuteur du testateur frappé d'interdiction depuis la confection de son testament. Paris, 30 juillet 1860 (*J. Pal.*, 1861, p. 379; Devill., 60, 2, 593). V. *infra*, n° 2096 *in fine*.

lonté, elle l'entraîne par la non-existence de la chose (1). Il en serait de même de l'aliénation effectuée au profit d'un copartageant, de l'objet dont le testateur aurait légué la portion indivise (2); en pareil cas, le legs manquerait d'objet, et l'héritier ne serait tenu, à aucun titre, d'indemniser le légataire.

2096. On pourrait croire, au premier coup d'œil, qu'il faut porter une décision semblable, quand il s'agit d'une aliénation faite par le tuteur d'un interdit qui, par mesure d'administration, a vendu la chose léguée par cet interdit dans un testament antérieur à son interdiction. Mais en y regardant de près, on s'aperçoit qu'il y a quelques nuances dont il faut tenir compte, et qui mènent, dans certains cas, à des résultats différents.

Supposons que Pierre ait fait un testament qui lègue un corps certain ou un immeuble à Titius : Pierre est plus tard interdit, un tuteur lui est donné : ce dernier, avec l'autorisation du conseil de famille, aliène l'immeuble par des raisons plausibles de bonne gestion.

Pierre décède.

Dans sa succession, on trouve, à la place de l'immeuble, les valeurs mobilières qui le représentent. Le legs de l'immeuble est-il révoqué?

Non! ce n'est pas le testateur qui a aliéné : c'est son tuteur qui a procédé à l'aliénation par un acte de bonne administration. Mais cet acte ne doit pas dénaturer la disposition (3).

(1) Toullier, t. V, n° 650. Delvincourt, note 7, sur la p. 101, t. II. M. Coin-Delisle, n° 3, sur l'art. 1038.

(2) Poitiers, 16 juillet 1824, et sur le pourvoi. Cassat., rej., 28 fév. 1826 (Devill., 7, 1, 288). Voy. *supra*, n° 1952, la citation de cet arrêt.

(3) Ainsi plaidé par Me Sénart (affaire de Tilliers) devant la 1re chambre de la cour de Paris, les 18 novembre, 9 décembre et 19 décembre 1851 (*Gazette des Tribunaux*, 20 décembre 1851).

La volonté du testateur ne saurait s'expliquer par les actes d'une personne étrangère (1).

Dira-t-on que le legs est caduc (2)? Ce serait aller trop loin. Des mesures d'administration ne sauraient produire un effet aussi grave. Elles n'atteignent pas le fond, et ce serait altérer leur caractère, que d'aller jusqu'à en tirer une cause de caducité.

Il ne pourrait y avoir caducité qu'autant que l'aliénation aurait eu pour cause l'obligation de payer les dettes du testateur, ou de procurer des aliments à lui ou aux siens : ce serait un cas analogue au cas de perte prévu par l'art. 1042 du Code Napoléon.

2097. Mais le légataire pourra-t-il faire opposition aux mesures d'administration et d'aliénation dont il vient d'être question? La cour d'Angers a décidé avec raison l'affirmative par arrêt du 29 mars 1838 (3). A la vérité le testament ne produit pas d'effet avant le décès; mais quand le testateur est interdit, il ne saurait être défendu de prendre les mesures nécessaires pour que sa volonté ne soit pas dénaturée.

2098. Du reste, ce cas n'est pas le seul où la gestion du tuteur de l'interdit peut avoir une influence sur la portée du testament fait avant l'interdiction (4). On peut poser cet autre cas : un testateur a fait un legs du mobilier, valeurs de portefeuille, rentes sur l'État, etc., etc., à Pierre. Ce testateur a une fortune considérable. Des économies annuelles se font sur le revenu; comment les placera-t-on? En rentes? le tuteur enrichit le légataire du mobilier. En im-

(1) Jugement du tribunal de la Seine du 2 avril 1850 (affaire de Tilliers).

(2) Un arrêt d'Angers semblerait le croire, 29 mars 1838 (Devill., 38, 2, 260).

(3) Devill., 38, 2, 260.

(4) Art. 901.

meubles? il l'appauvrit. Tout dépend alors des nécessités d'une sage et bonne administration (1), et ce que le tuteur a fait dans ce but doit être respecté.

Mais supposons que le tuteur soit lui-même légataire des immeubles et qu'il ait une connaissance directe ou indirecte du testament. Il faut voir s'il a agi de bonne foi et au mieux des intérêts qui lui sont confiés. Que s'il apparaît que par une de ces fraudes que les coutumes françaises supposaient facilement (2), il a voulu faire sa propre affaire plutôt que celle de l'interdit, il ne faudrait pas hésiter à refuser toute force à l'acte émané de lui, lors même qu'il l'aurait couvert d'une approbation du conseil de famille. De deux choses l'une : ou le conseil a été trompé par le tuteur, et dans ce cas son approbation étant surprise ne saurait avoir d'autorité; ou bien il se serait associé à la pensée d'intérêt personnel du tuteur, et dans ce second cas sa délibération vaudrait encore moins.

2099. Mais revenons au caractère que doit avoir l'aliénation pour être révocatoire, et disons un mot des ventes faites avec une condition.

La présomption légale de révocation qui résulte de l'aliénation n'a une valeur véritablement décisive que lorsque l'aliénation n'est pas subordonnée à une condition suspensive. On sait, en effet, quelle est la puissance de la condition

(1) Affaire de Tilliers précitée.

(2) L'article 351 de la *Coutume d'Orléans* voulait que les deniers provenant du rachat de rentes appartenant à des mineurs, fussent censés, pendant la durée de la minorité, de même nature et qualité d'immeuble qu'étaient les rentes ainsi rachetées, pour retourner au parent du côté et ligne dont lesdites rentes procédaient. — Le motif de cette disposition était d'obvier aux fraudes des tuteurs, qui, contre l'intérêt de leurs mineurs, dans la vue d'avoir meilleure part dans leur succession, s'ils venaient à mourir, procureraient le rachat des rentes de leurs mineurs propres d'une autre famille que la leur (Pothier *sur Orléans*, 351).

suspensive; elle tient la disposition en suspens, tant qu'elle n'est pas réalisée; et son accomplissement est indispensable pour que cette disposition prenne son caractère définitif. Il suit de là que si la condition ne s'accomplit pas, l'aliénation n'a jamais eu lieu ni en droit ni en fait, ni même au point de vue de la volonté du testateur qui n'a jamais été une volonté actuelle et complète d'aliéner. On ne conçoit pas dès lors comment elle pourrait révoquer le testament (1). C'est ce qu'a jugé la cour de Caen, par arrêt du 25 novembre 1847 (2). Inutile de dire, du reste, qu'il en serait autrement si la condition était résolutoire; car une telle condition n'empêche pas l'aliénation d'avoir été consommée, et il résulte de cette aliénation une incompatibilité avec la disposition testamentaire.

2100. Comme l'aliénation de la chose léguée n'est qu'une présomption tendant à prouver la révocation du legs, elle cesse d'avoir cet effet quand il y a des circonstances résultant de la disposition elle-même qui sont exclusives de toute idée de révocation. Si, par exemple, le testateur a légué sa vigne ou l'estimation de cette vigne, on ne pourra pas dire que la donation ou la vente de la vigne révoque le legs. Il restera toujours le legs de l'estimation que l'aliénation n'empêchera pas de subsister (3).

(1) Toullier, t. V, n° 653. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testam.*, ch. 9, sect. 1, art. 2, n° 21. Vazeille sur l'article 1038, n° 7. Poujol sur l'article 1038, n° 7. Marcadé, art. 1038, n° 1; Massé et Vergé *sur Zachariæ*, t. III, p. 198, note 17. *Contra*, Delvincourt, note 8, sur la p. 101. MM. Coin-Delisle, n° 4 sur l'art. 1038. Duranton, t. IX, n° 450. (Cet auteur ajoute toutefois que la solution peut dépendre des circonstances. *Sic* MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 192, note 30.

(2) Devill., 48, 2, 339. — *Junge* Req., 15 mai 1860 et Rennes, 28 mars 1860 (*J. Pal.*, 1860, p. 1117, 1118; Devill., 60, 1, 625; 60, 2, 325; Dalloz, 60, 1, 277). V. cependant Paris, 13 mai 1823.

(3) Mantica, *De conject. ult. vol.*, l. 12. t. VI, n° 16. d'après Balde, Jason, P. de Castro.

2101. Enfin, pour terminer ce qui nous reste à dire au sujet de la révocation produite par aliénation, ajoutons que les actes qui ne contiennent qu'une aliénation impropre, ne peuvent entraîner révocation; c'est pourquoi le bail à longues années, le gage, l'hypothèque ne sont pas considérés comme contenant l'ademption d'une disposition testamentaire (1).

2102. L'aliénation n'est pas le seul mode de révoquer tacitement un legs. En parlant particulièrement de ce mode, le Code n'a fait que proposer, suivant l'expression de M. Jaubert (2), un cas important où la révocation a lieu tacitement. Mais la loi n'exclut pas les autres cas où la preuve du changement de volonté peut être recueillie de faits positifs et irrécusables.

A la vérité, un arrêt de cassation du 5 mai 1824 (3), a jugé que la révocation d'un testament ne peut s'induire ni de présomptions, ni de conjectures, quelque graves qu'elles soient. Mais cet arrêt, très-juste dans l'hypothèse où il a été rendu, ne doit être pris qu'avec précaution pour les cas qui s'éloignent de son espèce.

La cour de cassation reconnaît elle-même, dans l'arrêt dont il s'agit, qu'outre la révocation expresse et celle qui résulte de l'incompatibilité de deux testaments, il y a encore d'autres moyens de révoquer un testament, savoir : la rature, la lacération de l'acte dont nous nous occuperons tout à l'heure (4). Elle aurait pu ajouter, outre l'aliénation de la chose léguée, la transformation en un objet qui n'a ni le même nom, ni la même forme, et c'est ce que nous verrons

(1) Mantica, *loc. cit.*, n° 24. Voët, *loc. cit.*, n° 6. *Supra*, n°s 1942 et suiv., art. 1020.

(2) Fenet, t. XII, p. 611. Locré, t. XI, p. 474.

(3) Dalloz, 1824, t. 185. Devill., 7, 1, 452. J. *Palais*, 1824, t. 8, p 679. *Infra*, n° 2112.

(4) *Infra*, n° 2107.

plus tard (1). Or, il est clair que ce sont là des preuves de changement de volonté résultant de faits positifs et de présomptions aussi graves que possible. Il ne faut donc pas fermer le champ des présomptions; il faut seulement le circonscrire. On repoussera les conjectures et présomptions que les jurisconsultes appellent présomptions de l'homme (*quæ pendent ex diversis motibus*), et qui égarent souvent l'esprit au lieu de le diriger. Mais on aura un sérieux égard aux présomptions qui découlent logiquement, irrésistiblement, d'un acte, d'un fait, et qui sont comme une vérité légale et juridique déclarée par la force de la raison (2).

2103. Ceci posé, entrons dans le détail des causes de révocation tacite auxquelles on ne saurait refuser une autorité décisive.

Et, d'abord, nous en trouvons une très-considérable et très-grave, dans la circonstance que le testateur a fait cesser le motif dont il avait fait dépendre le legs.

« *Consequenter sciendum est*, dit Mantica (3), *quod adempto* » *onere injuncto in vim modi, legatum quoque ademptum* » *intelligitur*. »

Un testateur avait disposé que ses héritiers, s'il venait à mourir dans la province, donneraient à Lucius Titius une somme de 60 francs, afin que cet individu se chargeât du soin de conduire ses restes à Rome sa patrie; il avait ajouté que ce qui resterait de cette somme appartiendrait à Lucius Titius à titre de legs. Le même jour, le même testateur fit un codicille, et chargea ses héritiers, dans le cas où il mourrait, soit dans la province, soit en route, de faire conduire son corps dans la Campanie, et de l'ensevelir dans le tombeau de ses enfants. On demanda si cette seconde disposition ne

(1) *Infra*, sur l'art. 1042, nos 2138 et suiv.
(2) Mantica, *De conject. ult. vol*, l. 1, t. II, nos 1 et 5.
(3) *Loc. cit.*

révoquait pas le legs fait à Lucius Titius, et Scœvola rapporte qu'il fut décidé affirmativement sur cette question, par la raison que le testateur avait déchargé Titius du soin de faire transporter ses restes à Rome, et que cette charge avait été la cause du legs (1).

De même, dit Pothier (2), le legs fait a celui qui est nommé exécuteur testamentaire dans un testament, en récompense des soins qu'il se donnera, serait révoqué si le testateur nommait un autre exécuteur testamentaire par un second testament.

2104. Mais il faut bien observer que le legs n'est censé révoqué dans le cas dont nous parlons, qu'autant que le mode, la charge, ou la cause que le testateur fait cesser, sont la cause finale de la disposition. C'est une observation que font tous les auteurs en général (3). En effet, lorsque la cause est finale, le legs n'est que l'accessoire; la charge est le principal. Dans l'exemple pris de l'exécuteur testamentaire, l'objet spécial qui a dirigé en premier ordre le testateur, c'est de charger un ami de veiller à l'exécution de ses dispositions testamentaires; l'objet secondaire a été de lui témoigner sa reconnaissance par une libéralité. Si donc le principal manque, l'accessoire doit manquer aussi.

Si, au contraire, la cause du legs n'était pas finale, et qu'elle ne fût qu'impulsive, comme la cause impulsive n'est pas essentiellement liée au legs (*legato non cohœret*), et qu'elle n'en a été qu'un motif accessoire, la cessation de cette cause ne pourrait opérer la révocation du legs.

(1) Scœvola, l. 30, § 2, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 431, n° 12. Pothier, *Donations testam.*, ch. 6, sect. 2, § 2, *Supra*, n°s 389 et 2018.

(2) Pothier, *Donat. testam.*, *loc. cit.*

(3) Balde, sur l'auth. *Ingressi*, n° 15. Mantica, *loc. cit.*, n° 29. Toullier, t. V, n° 654. Merlin, Répert., v° *Révoc. de legs*, § 2, n° 6, p. 140, et encore v° *Legs*, sect. 3, § 1, n° 15. Vazeille sur l'art. 1036.

Caïus vous donne un bien estimé 10,000 francs, à la charge que vous payerez à Titius une somme de 100 fr. qu'il lui doit. Avant de mourir, Caïus paye lui-même cette dette. La cessation de la charge fera-t-elle cesser le legs? Nullement, il est bien clair que lorsque Caïus vous a donné 10,000 francs, il n'était pas mû par le motif unique, principal, que vous payassiez les 100 francs à son créancier. Il y a une si grande disproportion entre le legs et la charge, qu'on peut en tirer la preuve inattaquable que si le testateur vous a gratifié, c'est par un motif de pure libéralité, indépendant de l'acquittement de sa dette minime.

2105. Mantica dit que l'espèce suivante fut très-controversée à la rote romaine (1).

Un legs de 1,000 écus avait été fait à quelqu'un, avec charge de construire une chapelle et d'y placer les armoiries de la testatrice et de son défunt mari. Par un codicille, la testatrice avait en tout subrogé un autre individu à son premier légataire. Mais avant de décéder, elle avait fait construire elle-même la chapelle qu'elle avait témoigné le désir qu'on lui édifiât après sa mort, et elle y avait fait apposer les armoiries susmentionnées. On demandait, dans cet état de choses, si le legs était dû, ou bien s'il était abrogé. La difficulté venait de la question de savoir si le mode ajouté à la disposition en était ou non la cause finale. Mantica assure que les opinions furent partagées, et il ne fait pas connaître la décision intervenue. Notre avis serait (*salva veritate*, comme dit Bartole dans les cas difficultueux) que le legs était révoqué, et que l'obligation de construire une chapelle était la cause finale du legs.

En effet, nous ne voyons, dans une pareille disposition, aucune intention manifeste de gratifier le légataire : l'émo-

(1) Mantica, *De conject. ult. vol*, l. 12, t. II, n° 27.

lument du legs se trouve tellement proportionné à la charge, qu'il paraît certain que l'un a été fait pour l'autre. L'érection de la chapelle a dû être l'objet principal; le don de 1,000 écus n'est que le moyen d'y parvenir. On serait donc fondé à appliquer, en sens inverse, cette règle donnée par Mantica (1) : « *Ex hoc eleganter deducitur quod si modus non* » *absorbeat totum fere legatum, adempto modo, non intelligitur* » *ademptum legatum, quia non censetur esse causa finalis...* » Donc, quand la charge absorbe le profit du legs, l'ademption de la charge révoque le legs, parce qu'on doit considérer cette charge comme la cause finale de la disposition.

Du reste, comme nous l'avons dit ailleurs (2), dans le doute la cause est censée impulsive.

2106. Quant à ce qui concerne la condition, le retranchement de ce genre de modalité par le testateur ne fait autre chose que rendre la disposition pure et simple, au lieu de conditionnelle qu'elle était (3). Je lègue à Sempronius 2,000 francs, s'il paye à Caïus les 500 francs que je lui dois : postérieurement je lui défends de payer cette somme. Le legs deviendra pur et simple (4).

Mais si le testateur accomplit lui-même la condition, que devra-t-on décider? Ceci est tout autre chose. Papinien (5) enseigne que le legs est révoqué, ou, pour parler plus exactement, que la condition est défaillante et que, par conséquent, la disposition tombe. Un testateur avait légué la liberté à son esclave, s'il payait les dettes par lui contractées envers Titius. Avant de décéder, mais après la confection du

(1) *Loc. cit.*, n° 30.

(2) *Supra*, n° 385, art. 900.

(3) Bartole sur la loi *Si quis servum*, D., *De cond. et demonst.*, n° 1. Mantica, *loc. cit.*, n° 32.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 462, n° 69.

(5) L. 72, § 7, D., *De cond. et demonst.*

testament, le testateur s'acquitta auprès de son débiteur. Question de savoir si l'esclave pouvait prétendre à la liberté. Il fut décidé que non, et que loin de considérer la condition *pro impleta*, il fallait la considérer comme défaillie (1).

La raison de cette différence, entre ce second cas et le premier, s'explique ainsi : lorsque le testateur se borne à déclarer qu'il ne veut pas que la condition soit accomplie, il est clair qu'il a voulu que la disposition s'accomplît purement et simplement ; car, en parlant d'une part de la condition pour l'abroger, en se taisant de l'autre sur la disposition, il a entendu laisser à la disposition toute sa force. Mais lorsque, par un acte formel, il satisfait lui-même à la condition et que par là il la rend défaillante, il ruine en même temps la disposition dont elle était la cause finale.

On sent aisément qu'autre chose est ne pas vouloir qu'une condition s'accomplisse, autre chose est la remplir soi-même. Dans le premier cas, il y a renonciation à la condition, et la disposition devient, par conséquent, pure et simple. Dans le second cas, il n'y a pas renonciation à la condition ; bien loin de là, le disposant a montré y tenir tellement qu'il s'est empressé de l'accomplir lui-même (2).

2107. Nous arrivons maintenant à un autre cas de révocation des testaments. C'est la révocation qui a lieu par la rature, la lacération, la rupture des sceaux, et que nous mentionnions il n'y a qu'un instant (3). Le Code n'en a point parlé; mais son silence ne doit pas nous empêcher de jeter un coup d'œil sur ce nouveau moyen auquel peut avoir recours le testateur pour détruire son ouvrage.

Une règle générale, donnée par les Romains et qui est de

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 453, n° 24. Voët, *Ad Pand.*, *De cond. instit.*, n° 18.

(2) *Supra*, n° 2075, art. 1036; n° 2104, art. 1038.

(3) *Supra*, n° 2102.

tous les temps et de tous les lieux, c'est que la lacération ou la cancellation d'un testament l'annule et le révoque, lorsque ces actes de destruction ont été faits sciemment (*consulto*) par le testateur, ou par son ordre (1).

Nous disons que le testateur doit agir *consulto :* car, s'il était prouvé qu'il a froissé, déchiré ou biffé l'acte par méprise, ou dans un moment de folie (2), ou que c'est un tiers qui a froissé, déchiré ou biffé lui-même le testament sans l'ordre du disposant, l'acte conserverait toute sa force (3), pourvu cependant qu'on pût le représenter pour faire preuve de son contenu.

Mais il faut observer que, lorsqu'on excipe d'un testament froissé, biffé ou déchiré, et que ce testament est trouvé dans la maison du testateur (*si reperitur testamentum apud testatorem*), la présomption est que le testateur a froissé, biffé et déchiré lui-même le papier, et qu'il a changé de volonté. C'est la règle que donne Mantica, d'après Balde, Imola et Paul de Castro (4), et c'est aussi ce qu'enseignent Furgole (5), Voët (6), Hilliger sur Doneau (7). La raison indique, d'ailleurs, suffisamment que ces auteurs sont dans le vrai.

2108. C'est donc aux héritiers institués qu'il incombe de prouver que c'est *inconsulto* que le testament a été biffé, lacéré, froissé; mais cette preuve est très-difficile (8).

(1) Ulpien, l. 1, § 1, D., *De his quæ in test. delentur*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 194, n° 1. Mantica, *loc. cit.*, l. 12, t. I, n° 27. Voët, *ad Pand.*, l. 28, t. IV, n° 1. Doneau, *Comm.*, l. 6, *cap.* 16, n° 4. Furgole, *loc. cit.*, ch. 11, n° 78. Toullier, t. V, n° 657.

(2) Scævola, l. *ultim.*, D., *De injusto test.*

(3) Voy. Mantica, Voët, Doneau et les auteurs précités.

(4) Mantica, *loc. cit.*, n° 30.

(5) *Loc. cit.*, n° 80.

(6) *Loc. cit.*, n° 4.

(7) *Comm.*, l. 6, cap. 16, n° 4.

(8) Toullier, t. V, n° 666.

Ajoutons que si le testament avait été entièrement détruit, lors même que les héritiers prouveraient que cette destruction a eu lieu par force majeure (par exemple, par un incendie), ils ne seraient pas admis à établir par la preuve testimoniale quelles étaient les dispositions renfermées, à leur profit, dans le testament. On ne peut pas refaire, après la mort du testateur, un testament qu'il a laissé périr et qu'il n'a pas refait de son vivant.

2109. Du reste, comme tout repose sur des présomptions indiquées par la raison, et que ces questions sont autant de fait que de droit, on doit examiner avec beaucoup d'attention tout ce qui peut éclairer sur les véritables intentions du testateur (1).

Supposons, par exemple, que l'on trouve, dans les papiers du disposant, un testament olographe, et que le papier qui contenait le quantième et le millésime ait été visiblement altéré par les rats, la présomption de changement de volonté cesserait (2).

Pourtant, si la date ou la signature avait entièrement disparu, de telle sorte qu'on ne pût en retrouver la trace, il serait bien difficile de voir autre chose qu'une volonté incomplète dans un acte qui se produirait dans cet état informe. Il ne manquerait pas non plus de bonnes raisons pour supposer que le testateur n'a attaché aucune importance sérieuse à une pièce qu'il aurait ainsi oubliée ou négligée.

2110. Si le testament, au lieu d'être trouvé chez le testa-

(1) Cassat., rej., 21 février 1837 (Devill., 37, 1, 432). Cet arrêt est rendu dans une espèce où la cour d'Angers avait déclaré que deux traits de plume fortement marqués, qui s'étendaient obliquement et sans interruption du haut en bas du corps de l'écriture d'un testament olographe, émanaient du testateur et avaient eu pour but de révoquer ce testament.

(3) Merlin, Répert., v° *Testament*, sect. 2. § 1, n° 6, cite sur ce point un arrêt de la grand'chambre (parlement de Paris), du 6 juin 1764.

teur, est trouvé chez un tiers entre les mains duquel il était déposé, Hilliger pense, par argument de la loi 44, D., *De fals.*, qu'on doit supposer que la cancellation est le fait de celui chez qui le testament est trouvé (1). Mais cette présomption est combattue par bien des présomptions contraires, et il faudra se déterminer par des raisons tirées du caractère du dépositaire, de ses relations avec le déposant, de ses sentiments pour les héritiers et de beaucoup d'autres circonstances que la cause peut offrir.

2111. Les auteurs enseignent que si tout le testament n'est pas biffé, mais qu'il n'y ait que certaines parties du testament qui le soient, l'acte n'est pas révoqué pour le tout, et qu'il n'y a révocation que pour la partie raturée..... *Quod si pars tantum testamenti deleta apparet, valet quod remanet* (2).

Cela est vrai en général.

Mais si la rature portait sur une énonciation prescrite à peine de nullité pour la validité du testament, le testament serait nul pour le tout. Ainsi, supposons que le testateur, ayant fait son testament olographe, efface sciemment la date ou la signature, le testament serait nul; car tout testament olographe doit, à peine de nullité, contenir la date et la signature du testateur.

2112. Lorsqu'un individu a fait un testament olographe en deux doubles parfaitement semblables, et qu'ensuite il a annulé un de ces doubles en le biffant et raturant, la suppression de l'un des doubles n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'autre. Il faudrait pour cela qu'il fût prouvé, d'une manière formelle et légale, que le testateur a voulu mourir *intestat;* sinon, il reste un acte probant, complet, valable, et force doit lui demeurer.

(1) *Sur Doneau*, l. 6, cap. 10, note 1.
(2) Voët, *loc. cit.*, n° 3.

Ce serait même vainement qu'on se livrerait à des présomptions pour établir que la cancellation d'un des doubles entraîne, par voie de conséquence, la révocation de l'autre double resté intact. De simples présomptions sont insuffisantes pour infirmer l'autorité d'un acte revêtu de toutes les solennités qui le rendent valable (1).

A plus forte raison, devra-t-on écarter l'offre d'une preuve testimoniale tendant à démontrer que le testateur a voulu mourir *intestat*. Il est vrai qu'à Rome, on admettait les héritiers légitimes à prouver que telle avait été l'intention du disposant (2). Et c'était là aussi l'ancienne jurisprudence au rapport de M. Merlin (3). Mais elle est inadmissible aujourd'hui, quoi qu'en dise M. Toullier (4).

En effet, si on ne peut admettre les présomptions morales pour décider de la révocation d'un testament, ainsi que nous venons de le voir tout à l'heure (5), il s'ensuit qu'on ne peut pas non plus admettre la preuve testimoniale pour justifier que le testateur a été dans l'intention de le révoquer (6).

2113. Il y a cependant une exception à ces idées; c'est lorsque le testateur a été empêché par fraude de consommer l'entière révocation de son testament, et qu'on a soustrait à son action le double qui restait à canceller. En pareil cas, la preuve testimoniale est admissible, et la partie intéressée est tout à fait fondée à justifier, par ce moyen ou par tout autre équipollent, que la ferme volonté du testateur était de révoquer ses dispositions testamentaires.

(1) Cassat., 5 mai 1824 (Dalloz, 24, 1, 185). Voy. *supra*, n° 2102.
(2) Papinien, I. 4, D., *De his quæ in test. dolent.*
(3) Répert., v° *Révoc. de testam.*, § 4.
(4) T. V, n° 664.
(5) N° 2102.
(6) Argument de l'art. 1353 du C. Nap.

Par testament olographe du 20 juillet 1825, rédigé en triple original, la dame de Ronnay avait institué pour sa légataire universelle Anne Guimond femme Gérard. A la mort de la testatrice arrivée le 12 août 1833, deux exemplaires de ce testament furent trouvés au domicile de la dame de Ronnay, biffés et bâtonnés. Le troisième exemplaire était en la possession de l'abbé Guimond, confesseur de la testatrice, frère de la légataire universelle. Celle-ci demanda l'exécution du testament. Les héritiers legitimes s'y opposèrent, en soutenant que la dame Ronnay avait entendu anéantir son testament et par conséquent le révoquer.

Il est vrai que deux exemplaires seulement étaient détruits; mais les héritiers établissaient aux débats que dans la pensée de la testatrice, ces actes de destruction résultant de la cancellation devaient porter aussi sur le troisième exemplaire déposé aux mains de l'abbé Guimond, et que, si ces actes n'avaient pas eu tout l'effet qu'ils devaient avoir, c'était par suite des manœuvres frauduleuses du dépositaire. Ainsi, il résultait des faits du procès que l'abbé Guimond avait promis à la dame de Ronnay, qui venait de canceller les deux exemplaires de son testament, qu'il allait s'empresser, selon son désir, de jeter le troisième au feu. La dame de Ronnay, qui avait la plus grande confiance dans son confesseur, n'avait pas douté qu'il n'eût tenu sa promesse. Et cependant, celui-ci n'en avait rien fait!...

La cour jugea, par arrêt du 4 juin 1841 (1), que ce n'était pas ici le cas d'appliquer les articles 1035 et 1036, qui disposent que la révocation d'un testament ne peut résulter que d'un acte écrit. « On ne saurait en effet, dit l'arrêt rendu » dans cette affaire, admettre, sans arriver à des consé-

(1) Devill., 41, 2, 517.

» quences qui répugnent à l'équité et à la raison, qu'un » légataire qui aurait pratiqué des manœuvres coupables » pour conserver un testament que le testateur devait croire » anéanti, qu'un héritier qui aurait eu l'adresse de dérober » et de détruire un testament qui le dépouillait, pussent » profiter de leur fraude et se trouvassent à l'abri de toutes » recherches, quelques preuves que l'on pût apporter de » cette fraude et quelque convaincantes que fussent ces » preuves. »

2114. Les cas de destruction, dont nous venons de nous occuper, se présentent ordinairement lorsque le testament est olographe, parce qu'alors le testateur le conserve par devers lui, et peut à sa volonté le raturer, le biffer, le déchirer en tout ou en partie. Mais si le testament est fait par acte public, comme le testateur ne le conserve pas entre ses mains, et que c'est le notaire qui en reste dépositaire, ainsi que de tous les actes qu'il reçoit d'après l'art. 20 de la loi sur le notariat, il ne peut plus en être de même.

On s'est demandé, à cet égard, si le testateur peut révoquer son testament par acte public, en exigeant que le notaire lui en fasse remise (1).

Nous avons déjà touché quelques notions qui peuvent faciliter l'éclaircissement de cette question (2), et elle peut se résoudre par des considérations très-simples.

(1) Pour l'affirmative :

Merlin, Répert., v° *Notaire*, t. XVII, § 5, n° 6. Quest. de droit, v° *Notaire*, § 14. Toullier, t. V, n° 659. Favard de Langlade, N. Repert., v° *Acte notarié*, § 3, Massé, *Parfait notaire*, t. I, p. 80.

Pour la négative :

Grenier, n° 277. Duranton, t. IX, n° 61. MM. Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° *Minute*, n°s 99, 100. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et testament.*, ch. 11, sect. 1, art. 2, n° 28. Poujol, n° 8, sur l'art. 971. Coin-Delisle, n° 52, sur l'art. 971.

(2) *Supra*, n°s 1508, 1509.

D'abord, le testament par acte public ne saurait être passé en brevet, le notaire doit en garder minute, et c'est une loi constitutionnelle du notariat qu'il ne peut s'en dessaisir (1). Le testateur n'a donc aucune action sur le notaire pour l'obliger à lui remettre sa minute.

On oppose l'article 2e de l'édit de 1693, qui est ainsi conçu :

« Exceptons néanmoins, de la rigueur desdits enregistre-
» ments, tous les testaments et donations pour cause de
» mort qui demeureront déposés soit entre les mains des
» notaires ou celles des particuliers, qu'il sera loisible de
» retirer quand bon leur semblera, desquels les notaires ne
» pourront délivrer aucune expédition, après le décès des
» testateurs, qu'ils n'aient auparavant fait contrôler les mi-
» nutes en la manière ci-dessus, etc. »

Mais cette disposition n'est plus en harmonie avec les lois modernes. Elle est en contradiction avec l'art. 22 de la loi de ventôse qui porte : « Les notaires ne pourront se dessaisir
» d'aucune minute, si ce n'est dans les cas exceptés par la
» loi, et en vertu d'un jugement. »

Rien n'est plus formel que ce texte, et il nous paraît couper court à toute discussion.

L'opinion contraire s'en empare cependant pour prétendre que l'édit de 1693 nous place dans un de ces cas exceptés dont parle la loi de ventôse an XI.

Mais en supposant que l'édit de 1693 fût encore aujourd'hui susceptible d'être appliqué, cette disposition ne permettrait pas davantage au notaire de remettre la minute. La loi de ventôse, après avoir parlé des cas exceptés par la loi, a soin d'ajouter : « et en vertu d'un jugement; » de telle sorte qu'il résulte de ce texte que, même dans les cas spéci-

(1) Loi du 25 ventôse an XI, art. 30.

fiés par la loi, le notaire devrait encore être autorisé par un jugement.

Notez d'ailleurs que, dans le système de la loi de l'an XI, il ne s'agit que d'un dessaisissement temporaire qui devra être suivi d'une réintégration. On ne conçoit pas dès lors l'intérêt du testateur à obtenir une telle remise, puisqu'elle n'effacerait pas la trace du passé, puisqu'elle laisserait subsister le souvenir du mauvais vouloir du disposant contre ses héritiers naturels.

Voici, au surplus, le texte de l'art. 22 : « Avant de s'en » dessaisir, ils (les notaires) en dresseront et signeront une » copie figurée qui, après avoir été certifiée par le président » et le commissaire du tribunal civil de leur résidence, sera » substituée à la minute dont elle tiendra lieu jusqu'à sa » réintégration. »

Il est donc certain que l'édit de 1693 se trouve implicitement abrogé par l'art. 22 de la loi de ventôse, et qu'un notaire ne saurait s'autoriser de l'art. 2 de l'édit de 1693 précité, pour remettre un testament par acte public au testateur. De même un tribunal ne pourrait régulièrement condamner un notaire à remettre au testatateur, définitivement et d'une manière absolue, la minute du testament qu'il a reçu.

C'est ce qu'a décidé un avis du conseil d'État du 7 avril 1821, dont nous avons rapporté plus haut la première partie (1); il statue ainsi sur la question qui nous occupe :

« Considérant 2° que d'après la loi de ventôse (art. 22), » les notaires ne peuvent se dessaisir de leurs minutes, si » ce n'est en vertu d'un jugement et à charge que la pièce » extraite de leur étude y soit réintégrée ; que cette disposition étant générale, s'applique aux minutes des testaments ou à celles des autres actes; d'où il suit que les

(1) *Supra*, n° 1508.

» notaires ne peuvent se dessaisir, de leur autorité privée,
» de l'original d'un testament qu'ils ont reçu;

» Considérant 3° que si l'édit de 1695 permettait aux no-
» taires de remettre, sans aucune formalité, à un testateur,
» la minute même de son testament, cette disposition étant
» inconciliable avec l'art. 22 de la loi de ventôse, est par
» cela même formellement abrogée, et que l'on ne peut en
» exciper;

» Considérant 4° que les dispositions de la loi de ventôse
» ne gênent en aucune manière la liberté des testateurs,
» puisque, s'ils veulent révoquer en tout ou en partie leurs
» testaments, il n'est pas nécessaire qu'ils en suppriment la
» minute; l'art. 1035 du Code civil leur indique un moyen
» non moins facile et plus propre que tout autre à les garan-
» tir de toutes suggestions et surprises;

» Est d'avis que les notaires ne peuvent remettre au tes-
» tateur l'original du testament qu'ils ont reçu; que cet
» acte ne peut être révoqué en tout ou en partie que suivant
» les formes prescrites par l'art. 1035 du Code civil. »

Cette argumentation est irrésistible, et nous ne voyons pas ce qu'on peut y répondre.

Le tribunal d'Amiens a eu à se prononcer, le 29 septembre 1837 (1), sur cette question, à l'occasion d'une réclamation formée par un testateur de la remise de la minute de trois testaments reçus par actes publics et qu'il déclarait avoir révoqués depuis. Le notaire résista à la demande, et le tribunal lui donna gain de cause en condamnant le demandeur aux dépens.

Il est vrai qu'un jugement du tribunal de Clamecy (2) a décidé le contraire dans une espèce semblable. Mais le prin-

(1) Devill., 1838, 2, 105.
(2) 14 juillet 1836 (Devill., 1836, 2, 484).

cipal motif sur lequel ce jugement est fondé est l'édit de 1693, et il est trop clair que cet édit a cessé d'être en vigueur depuis la loi de ventôse.

2115. Celui qui a testé par acte public peut se faire remettre par le notaire une expédition de son testament, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (1). Une circulaire du ministre des finances, du 25 avril 1809, a autorisé cette remise. Que devrait-on décider si le testateur, ainsi nanti de l'expédition, la biffait, raturait ou déchirait? Évidemment ces faits ne sauraient nuire à l'acte original qui est resté chez le notaire. On ne peut en conclure qu'une chose, c'est que l'expédition aura semblé au testateur un acte inutile; mais il ne s'ensuit pas que le testateur aura changé de volonté.

2116. Voyons maintenant le cas où le testament, au lieu d'être olographe ou par acte public, est un testament mystique.

Nous avons dit ci-dessus (2) que l'acte de suscription n'est qu'un de ces actes simples qui peuvent se passer en brevet. Nous avons ajouté que la jurisprudence autorise le testateur, qui a de justes raisons de modifier un testament qu'il a fait en cette forme, à se le faire remettre par le notaire (3). Nous n'avons pas besoin d'insister davantage à cet égard, et l'on aperçoit sur-le-champ les conséquences que l'on peut tirer de ceci pour la matière des révocations.

Si donc le testateur brise les sceaux du testament mystique remis entre ses mains par le notaire, cette rupture sera une preuve de révocation. C'est ce que décide la loi 30, au *Code, De testamentis,* portant : *Si quidem testator linum,*

(1) *Supra*, n° 1510.
(2) *Supra*, n° 1653.
(3) Paris, 10 juin 1848 (Devill., 48. 2. 356; *J. Palais*, 1851, p. 168).

vel signacula inciderit vel abstulerit, utpote ejus mutata voluntate, testamentum non valere (1).

2117. Remarquez pourtant que cette rupture des sceaux ne révoquera le testament mystique qu'autant que l'écrit intérieur ne sera pas un testament olographe; car, dans ce dernier cas, il resterait toujours un testament parfait et intact, et l'on devrait supposer que si le testateur a ouvert l'enveloppe, c'était pour s'assurer qu'on n'avait rien changé à ses dispositions (2).

2118. Nous avons indiqué les différentes manières dont peuvent se produire les révocations de testament. Le droit romain en reconnaissait d'autres que le Code Napoléon n'a point adoptées.

Ainsi, comme nous l'avons dit (3), la révocation de plein droit d'un testament par un autre testament était admise par les lois romaines. On ne reconnaissait pas qu'il pût exister plus d'un testament. Aujourd'hui un testament, qui n'aurait rien d'inconciliable avec le précédent, n'empêcherait pas l'exécution simultanée des deux testaments.

2119. La nécessité d'une institution ou d'une exhérédation nominative des enfants du testateur était prescrite à Rome pour la validité du testament (4). C'est pourquoi la survenance d'enfants obligeait le testateur à refaire son testament. Mais cette circonstance n'est pas, sous le Code Napoléon, une cause de révocation (5).

(1) Voy. Merlin, Répert., v° *Révocat. de testam.*, § 4, p. 538, qui réfute une opinion contraire émise par Furgole.

(2) Toullier, t. V, n° 664.

(3) *Supra*, n° 2067.

(4) *Instit.*, *Quibus modis testam. infirm.*, § 1, et *De exhæred. lib. principio*, et § 2.

(5) Merlin, Répert., v° *Révoc. de codicille*, *in fine*.

2120. Il en est de même de la révocation pour ancienneté du testament. Loin de voir chez nous dans le fait seul de l'ancienneté du testament un oubli du testateur, il faut y voir une persistance dans la même volonté. Cependant, en droit romain, après dix années de date, le testament était réputé nul et non avenu (1). Justinien modifia cette disposition, en exigeant en outre une déclaration du changement de volonté du testateur (2).

Article 1039.

Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur.

SOMMAIRE.

2121. Si le testateur survit au gratifié, la disposition devient caduque.
2122. A moins qu'il ne soit prouvé que le legs est une reconnaissance de dette.
2123. *Quid* du legs rémunératoire?
2124. Les présomptions établies par l'art. 720 du Code Napoléon, en cas de mort dans un même événement, de personnes appelées à succéder réciproquement *ab intestat*, sont-elles applicables entre le testateur et le légataire?
2125. Suite.
2126. Suite.
2127. Suite.
2128. Suite.
2129. Suite.
2130. Suite.
2131. Suite.
2132. Suite.

(1) C. Theod., l. 6, *De testam.*

(2) L. 27, C., *De testam. Junge* Merlin, Répert., v° *Révoc. de testam.* § 5, p. 164 et suiv.

2133. Si la volonté du testateur n'est point formelle, les héritiers du légataire ne sont point censés appelés à sa place.

COMMENTAIRE.

2121. On appelle, en droit, dispositions caduques, celles qui ne produisent pas d'effet, à cause du refus ou de l'impossibilité de les recueillir (1). *Caducum appellatur*, dit Ulpien (2), *veluti ceciderit ab eo*. Ce sont les libéralités que les héritiers ne veulent pas ou ne peuvent pas recueillir, celles dont Constantin disait *quæ in casum cadunt* (3). Ce mot se trouve dans la littérature latine, avant les lois caducaires d'Auguste (4), et il y a cette signification (5).

C'est un principe que nous avons eu plusieurs fois occasion de rappeler, que les dispositions testamentaires sont faites *respectu personæ* (6). Si donc le légataire vient à mourir avant que le testament ne produise son effet par le décès du testateur, la disposition devient caduque; car il n'y a personne pour la recueillir (7).

De là cette règle que tout legs, toute disposition à cause

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348 et 349, n° 377. *Infra*, n° 2474.

(2) Ulpien, *Fragm.*, t. XVII, § 1.

(3) L. *penult.*, C., *De delator.*

(4) *Caducæ hæreditates* (Cicér., *Philippiq.* 10, c. 5).

(5) Heineccius, *ad leg. Juliam et Papiam Poppæam*, lib. 3, c. 3, *ad* cap. 2, p. 381.

(6) « *Meriti, dignitatis, reverentiæ ei debitæ aut similium personæ cohæ-* » *rentium ratio habetur.* » (Doneau, *Comm.*, lib. 8, cap. 4.) *Supra*, n° 285, art. 900.

(7) Mais le legs d'une rente viagère reversible par partie sur la tête d'un tiers, la femme du légataire, n'est pas frappé de caducité, en ce qui touche ce tiers, par le décès du légataire principal avant le testateur. Du moins, l'arrêt qui décide, par appréciation des termes du testament, que cette disposition contient deux legs distincts, de telle sorte que la caducité de l'un n'entraîne pas la caducité de l'autre, ne viole aucune loi et échappe à la censure de la Cour de cassation. Req. 19 novembre 1860 (Devill., 61, 1, 156; *J. Palais*, 1861, 488).

de mort, contient la condition tacite, si le gratifié survit au testateur : règle générale essentielle qui s'applique à toutes les libéralités testamentaires, mais qu'il ne faut pas étendre aux dispositions qui ne sont pas faites à titre gratuit (1).

2122. C'est pourquoi si la disposition contenue dans le testament n'était pas une libéralité et qu'il fût prouvé, au contraire, que c'est une véritable reconnaissance de dette, il importerait peu que la personne qui est l'objet de la disposition n'eût pas survécu au testateur. On ne pourrait pas dire, en pareil cas, que cette reconnaissance de dette est faite *respectu personæ ;* c'est un acte de conscience et de devoir dont les héritiers de la personne honorée sont appelés à profiter (2).

2123. Mais comme un legs rémunératoire est une libéralité véritable, faite *nullo jure cogente*, la disposition de notre article devra être appliquée à l'héritier du légataire prédécédé. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1631 (3), en repoussant la demande de la veuve d'un domestique auquel avait été fait un legs rémunératoire.

2124. Quand le testateur et le légataire viennent à périr dans le même événement, sans qu'on puisse connaître celui des deux qui a survécu, la question de savoir si le prédécès doit être décidé par les présomptions de l'art. 720 du Code

(1) Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile du testateur ouvrait la succession, et le légataire vivant à ce moment recueillait la disposition; de sorte que si sa mort naturelle arrivait ensuite, même avant celle du testateur, il transmettait à ses héritiers le droit qu'il avait déjà recueilli. Aujourd'hui, la mort civile n'existe plus; la peine n'ouvre plus la succession (*infra*, n° 2482). *Quid* au cas d'absence du donateur avant le décès du donataire? (*Infra*, n° 2483.)

(2) Arrêt de la cour de Nîmes, 9 décembre 1822 (Dalloz, 1825, 2, 29). *Supra*, n°s 728, 729, 2056 et suiv.

(3) Recueil d'arrêts et règlements du parlement de Paris, tirés des mémoires de Bardet, t. 1, l. 4, ch. 32.

Napoléon, n'est pas sans difficulté. *Etsi quidem possit apparere quis ante spiritum posuerit, expedita est quæstio : si vero non apparet, difficilis est quæstio.* C'est ainsi que s'exprimait Ulpien (1). Depuis longtemps cette question est dans les écoles l'objet de beaucoup de controverses, et les opinions qui ont été émises sont si diverses et si nombreuses, qu'il serait aussi fastidieux qu'inutile de les analyser. Fusarius (2) compte jusqu'à huit manières d'entendre une seule des lois du Digeste qui parlent des présomptions de survie. C'est la loi 9, § 1, *De rebus dubiis*. On peut juger par là combien la matière a dû être embrouillée par les subtilités capricieuses des docteurs qui ont voulu être ingénieux et nouveaux. Celui qui chercherait à les concilier s'exposerait aux plaisanteries encourues par le proconsul Gelius, dont Cicéron se moque avec beaucoup de sel, et qui s'était mis dans la tête d'accorder tous les philosophes grecs qui se trouvaient de son temps à Athènes (3).

Cependant, au milieu de ce chaos, il se rencontre des éléments lumineux. Il faut les dégager.

Bartole, en commentant la loi 16 D., *De rebus dubiis* (4),

(1) L. 32, § 14, D., *De donat. inter. vir. et uxor.*

(2) *De subst., quæst.* 416, p. 497.

(3) Cicéron, *De legibus*, l. 1, § 20, t. XXXV, p. 57 (édit. Panckoucke Voy., au reste, Mascardus, *De probat. concl.* 1344. Menochius, *præsumpt.* 50 lib 6. Peregrinus, *De fideicomm.*, art. 43, etc. Covarruvias, *Variar. resol.*, l. 11, c. 7. Doneau sur la loi 9, § 1, D., *De reb. dub.*

Monachius prétend que ce qui a été écrit de mieux sur cette question, c'est la dissertation de Didanus Covarruvias qui vient d'être citée. Il y a cependant bien des subtilités dans les interprétations de ce jurisconsulte. Il nous semble qu'un principe fécond en conséquences, comme celui qui sert de guide à Bartole, vaut mieux que tous les efforts d'esprit des autres docteurs, pour distinguer les divers cas et se préserver des conjectures capricieuses.

(4) C'est la loi *Quod de pariter*. Cette loi est indiquée dans Bartole (édit. de 1615) la 17e, parce que Bartole a fait deux lois de la loi 3.

pense que les présomptions tirées de l'âge et du sexe ne s'appliquent pas aux dispositions de l'homme, mais qu'elles n'ont lieu que lorsqu'il s'agit d'une disposition de la loi. Arrêtons-nous à l'opinion de ce docteur, l'un des flambeaux de la jurisprudence en Italie : « *Istud dubium de pluribus morientibus, quandoque emanat aliquo agente ex dispositione hominis inter vivos vel ultima voluntate, et tunc nunquam alter alteri supervixisse præsumitur, nec adhibetur illa distinctio, decesserit impubes cum pubere, nec ne.... Si vero aliquo agente ex dispositione legis, occurrit dubietas de pariter morientibus, et tunc lex præsumit aliquem supervivere cum distinctione : aut decessit pubes cum impubere, et præsumitur impubes prius decessisse. Aut pubes cum pubere, et tunc aut persona patroni est in medio, et ille præsumitur decessisse, qui magis spectat ad favorem patroni. Aut persona patroni non est in medio, et tunc aut inter simul decedentes est votum transmittendæ hæreditatis, ut quia ascendens simul cum descendente decedit, et præsumitur ascendens prius mortuus; aut tale votum non est, et tunc ille succumbit, cui incumbit onus probandi aliquem supervixisse.* »

Bartole donne ensuite cette raison frappante de la distinction qu'il fait entre les successions testamentaires et les successions *ab intestat* : «*Ratio est, quia, quum quis agit ex dispositione hominis, si non habet effectum, remanet dispositio juris secundum quam res habet exitum suum : tunc lex non curat aliquid præsumere; sed quum agitur ex dispositione legis, si lex in isto dubio nihil præsumeret, casus remaneret indecisus; quod non esse debet.* » Voilà une opinion simple, sensée et appuyée sur des raisons décisives. Furgole l'a embrassée (1); il déclare qu'elle lui paraît plus conforme

(1) Ch. 7. sect. 6, n° 92.

au véritable esprit des lois. C'est aussi le sentiment de Lebrun (1).

On ne peut disconvenir, néanmoins, que la loi 26 D., *De pactis dotalibus*, ne paraisse former, au premier coup d'œil, une forte objection contre ce système.

Un beau-père et un gendre conviennent que si leur fille et épouse laisse, en décédant, un fils âgé d'un an qui lui survive, la dot appartiendra au mari; que si, au contraire, le fils meurt avant sa mère, et que celle-ci meure à son tour avant son mari, ce dernier n'aura qu'une portion de la dot. La femme périt avec son fils âgé d'un an, dans un naufrage. Papinien, consulté sur la question de savoir lequel de la mère ou de l'enfant avait prédécédé, répondit qu'il était vraisemblable que l'enfant était mort avant sa mère (2).

Voilà bien la présomption de survie résultant de la force de l'âge, appliquée par le plus grand des jurisconsultes romains à une stipulation, à une convention entre-vifs. Il suffit de lire Cujas sur cette loi du Digeste (3), pour se convaincre que Papinien s'est décidé par la raison que l'enfant étant moins capable que sa mère de lutter avec la mort, est présumé avoir succombé plus tôt. « *Papinianus respondit veri-* » *simile esse tenellum infantem spiritum posuisse confestim,* » *matrem diutius pertulisse casum naufragii et filio super-* » *vixisse.* »

Bartole a prévu l'objection qu'on pourrait tirer de cette loi; il ne se dissimule pas qu'elle ne soit puissante : *tamen contra hanc distinctionem facit multum hæc lex* (4); mais il la réfute de manière qu'on ne puisse s'en prévaloir :

« *Sed respondeo : ibi natura prolatorum verborum requi-*

(1) *Successions*, p. 15.
(2) *Respons.*, lib. 5.
(3) Voy. son comm. sur le liv. 4 des *Réponses des Papinien*.
(4) *Loc. cit.*

» *rebat filios supervivere... unde illud quod ibi dicitur, quasi*
» *priore impubere mortuo, debet intelligi sic, ut dicamus quod*
» *secundum propriam significationem stipulatio non commit-*
» *titur; sed si ad interpretationem veniamus, debemus dicere*
» *impuberem prius defunctum, et sic interpretatio legis con-*
» *gruit cum propria significatione vocabuli. Vel dic quod ibi*
» *stipulatio continebat idem quod jus commune.* »

Arrêtons-nous à cette dernière raison.

La succession de la mère et du fils morts dans le même naufrage s'est en effet ouverte *ab intestat;* or, d'après les règles des successions légitimes, la présomption est que le fils impubère est décédé avant sa mère, à cause de la faiblesse de l'âge. Cette présomption étant une fois admise, on ne peut s'en écarter pour ce qui concerne l'examen de la stipulation et l'échéance de la condition dont elle dépend; car il serait ridicule de dire que cet enfant doit être considéré dans un cas comme prédécédé, et non dans l'autre. C'est donc avec raison que Papinien a dit qu'il était vraisemblable que l'enfant était mort avant la mère. Les règles relatives à l'ouverture des successions *ab intestat* l'obligeaient à prononcer ainsi, et ces règles devenaient par contre-coup celles de la stipulation : « *Vel dic quod ibi stipulatio continebat*
» *idem quod jus commune.* »

On oppose encore dans le système contraire à celui de ce jurisconsulte, la loi 9, § *fin. si Lucius Titius,* D., *De rebus dubiis,* dont voici l'espèce :

Lucius Titus institue par testament son fils pubère seul héritier : le père et le fils meurent ensuite dans un même désastre. Tryphoninus décide que le fils a survécu au père, qu'il est censé avoir recueilli l'hérédité *ex testamento,* et qu'il la transmet à ses propres successeurs. Il en serait autrement si le fils était impubère, ajoute le jurisconsulte;

car alors on devrait supposer que le père a survécu au fils (1).

En considérant cette loi d'un œil inattentif, on pourra dire qu'elle établit que les présomptions résultant de la faiblesse de l'âge doivent servir de guide, même dans la délation testamentaire de l'hérédité; car dans l'espèce posée, le fils était héritier institué, et Tryphoninus dit qu'il doit recueillir l'hérédité *ex testamento*.

Mais il est facile de répondre avec Bartole (2), que c'est par le secours de la disposition de la loi que la disposition testamentaire conserve sa force : *quia ibi dispositio testamenti continebat idem quod dispositio legis*. Le fils, en effet, n'était-il pas successeur *ab intestat* de tous les biens de son père Lucius Titius? Et si Lucius Titius fût mort sans testament avec son fils, n'aurait-il pas fallu décider que le fils avait survécu, s'il était pubère, ou qu'il était prédécédé s'il était impubère? Or le testament de Lucius Titius n'a eu pour but que de confirmer le titre *ab intestat*, au lieu de le détruire. Donc, le fils se trouvant tout à la fois héritier testamentaire et successeur *ab intestat*, on doit juger de la survie par les règles établies par la loi sur les successions légitimes; car les deux titres sont confondus, et ce que la loi décide pour le successeur *ab intestat*, ne saurait être effacé par la disposition de l'homme, en tant qu'il est héritier testamentaire. Y a-t-il quelque chose qui puisse empêcher ce fils d'être le légitime héritier de son père? Non, sans doute; et certes le testament qui le gratifiait n'a pu changer cette qualité impérissable! Il est donc vrai de dire qu'il gardera toujours le bénéfice des présomptions que la loi a voulu

(1) Tryphoninus, l. 9, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 437, nos 1 et 2.

(2) *Loc. cit.*

y attacher, et qu'il les gardera même s'il réunit, au titre de successeur *ab intestat*, le titre d'héritier testamentaire qui le fortifie.

Telle est l'explication naturelle, irrésistible que Bartole donne de la loi 9, § 4. M. Chabot n'a pas compris cette loi, qu'il interprète fort mal (1), et l'on voit que, quoiqu'il cite Bartole, il ne s'est pas donné la peine de le lire.

Les deux lois que nous venons d'analyser sont les seules qui soient susceptibles de quelque embarras. Toutes les autres prouvent que celui qui agit en vertu d'une disposition entre-vifs ou testamentaire, ne peut jamais exciper des présomptions de survie établies en matière de succession légitime. C'est ce que nous montrerons bientôt.

Cujas, que nous citions tout à l'heure et dont on ne saurait se passer sur un point de jurisprudence romaine, ne nous paraît pas d'un avis opposé à Bartole. Dans ses récitations solennelles sur le Digeste (2), il est un passage où il parle des présomptions de survie, et il veut que le fils impubère soit censé être décédé avant son père ou sa mère, et que le fils pubère soit censé leur avoir survécu. Mais il est évident qu'il ne parle, en cet endroit, que des successions *ab intestat*; c'est ce qui résulte de ces mots : « *filius videtur* » *hæres extitisse matri ex Orphitiano...,* » et plus bas, vers la fin : « *licet cum de* SUCCESSIONE *quæritur in patrem et filium, aliter præsumatur ex ordine naturæ* (3).

Mais dans son commentaire sur la loi 26, D., *De pact.*

(1) *Successions*, sur l'art. 720.

(2) L. 17, D., *De rebus dubiis*.

(3) « *Si pater et filius simul moriantur, videtur filius superviXisse. Hoc* » *suggerit ordo naturæ. Ita fuit scriptum in monumento Papiniani : Papi-* » *niano, turbato ordine naturæ, filio mortuo in senio parentes fecerunt...* » *Similiter si mater et filius moriantur, filius videbatur hæres extitisse ma-* » *tri ex Orphitiano. Et hoc si fuerit filius pubes.* »

dotalibus (1) où il s'occupe des stipulations entre-vifs et des testaments, il veut que l'on s'attache à la faveur de la cause pour décider la question de survie. C'est dire suffisamment qu'il rejette les présomptions admises et enseignées par lui pour les successions *ab intestat*. Et c'est en ce sens que nous disons que Bartole et Cujas sont unanimes. Car on ne peut se dissimuler que sur l'intelligence de certains aperçus, ils ne professent des avis différents. Mais ces divergences sont de peu d'importance, et nous ne nous arrêterons pas à les signaler.

Nous disons donc, d'après Bartole, avec Cujas et avec Pothier, qui a suivi ce dernier dans ses Pandectes (2), qu'il est dans l'esprit des lois romaines de se décider par la faveur de la cause, plutôt que par l'ordre de la nature. Beaucoup de lois en offrent la preuve.

Caïus institue Sempronius et lui substitue Titius au cas qu'il meure sans enfants, *si sine liberis decesserit*.

Sempronius a un fils; mais ils meurent l'un et l'autre dans un même naufrage ou accident. On devrait décider, d'après les présomptions sur les successions *ab intestat*, que le fils pubère a survécu à son père; mais la faveur des fidéicommis porta Ulpien à décider que le père avait survécu au fils et qu'il était décédé sans enfants (3); de cette manière le fidéicommis produisit son effet. Tous les auteurs s'accordent à dire que cette réponse du jurisconsulte est fondée sur la faveur des fidéicommis (4). Voilà donc la faveur de la cause qui donne lieu à une décision contraire aux présomptions résultant de l'ordre de la nature (5).

(1) Liv. 4 des *Réponses de Papinien*.

(2) Au tit. *De rebus dubiis*.

(3) Ulpien, l. 10, § 1, D., *De rebus dubiis*.

(4) Cujas, *loc. cit.*, Voët, *De rebus dubiis*, n° 3. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 348, n° 5.

(5) Ulpien, l. 17, § 7, D., *ad. S. C. Trebellianum*. *Junge* Pothier,

Un mari et une femme se font une donation pendant le mariage. Si le donataire décède avant le donateur, on sait que a possession retourne à ce dernier; car les donations entre mari et femme ne peuvent être confirmées que par le prédécès du donateur. Mais s'il arrive que les deux époux décèdent dans le même accident, que faudra-t-il décider? Paul n'hésite pas à dire qu'il conviendra de supposer que le donateur est mort avant le donataire, afin que la donation produise son effet (1).

Par le contrat de mariage de Caïus et Sempronia, il a été stipulé que si Sempronia mourait pendant le mariage, le mari gagnerait la dot. Caïus et Sempronia meurent dans le même événement. Tryphoninus veut qu'on suppose que la femme est morte avant le mari, et cette décision est encore fondée sur la faveur de la cause; car, dit Pothier, il faut répondre *pro possessore*, attendu que *melior est causa possidentis* (2).

Un mari lègue à sa femme la dot qu'elle a apportée en mariage; l'un et l'autre périssent dans le même accident. Les héritiers du mari ne seront pas tenus de la prestation du prélegs. Il faudra supposer que la femme est morte avant le mari et que, par conséquent, le legs est caduc; car dans le doute *melior est causa possidentis*, et l'on devra donner gain de cause aux héritiers du mari qui sont possesseurs de la dot (3).

Cujas, qui commente cette loi, est bien loin de croire que

Du don mutuel, part 1, ch. 4, § 2, n° 186, t. IV, p. 281 (2e édit. revue, de 1781).

(1) L. 8, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 437, n° 4. Ulpien, l. 32, § 14, *De donat. inter vir. et uxor*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 53, n° 93.

(2) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(3) Paul, l. 17, D., *De rebus dubiis*. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 438, n° 4.

le jurisconsulte se soit décidé par des présomptions tirées de l'ordre de la nature. Il dit formellement au contraire : *Duobus mortuis, non videtur alter alteri supervixisse; excipiuntur parentes et liberi* (1). C'est aussi la règle que donne Bartole : « *Ut possit agi ex dispositione inter vivos vel ex ultima* » *voluntate, unus de pariter morientibus nunquam supervixisse* » *præsumitur* (2). »

Concluons donc que les présomptions de survie tirées de l'ordre de la nature ne sont pas applicables aux successions testamentaires et aux actes entre-vifs.

Ricard a enseigné, à la vérité, une opinion contraire (3); il soutient que, soit qu'il s'agisse de la volonté de la loi, soit qu'il s'agisse de la disposition de l'homme, on doit décider les présomptions de survie par la différence des âges et des sexes.

Mais il faut avouer qu'il entend les lois du Digeste dont nous venons de parler, et notamment la loi 9, §§ 3 et 4, D., *De rebus dubiis*, d'une manière absolument contraire aux autorités admises, et que, s'il a connu les interprétations que Bartole et Cujas en ont données, il ne s'occupe en aucune manière de les réfuter. Or, tous les hommes versés dans la connaissance du droit savent que si Ricard est un guide assez bon à consulter dans les questions de droit français, il est très-sujet à errer lorsqu'il se jette dans l'explication des difficultés du droit romain. « M. Ricard, dit Bretonnier (4), » excelle dans les questions qui sont purement du droit » français; mais dans celles qui sont du droit romain, il ne » fait que bégayer. Cependant il a souvent la témérité de

(1) *Recit. solemn.*, sur la loi 16, D., *De rebus dubiis*.
(2) Sur la loi 17, D., *De rebus dubiis*.
(3) *Traité des dispos. condit.*, nos 572 et suiv.
(4) *Sur Henrys*, t. I, p. 679.

» vouloir disputer contre M. Cujas. Il me semble voir le
» roitelet s'élever au-dessus de l'aigle. »

Quant à la jurisprudence des arrêts, on trouve un arrêt du parlement de Bordeaux, rapporté par Automne (1), qui a jugé que la faiblesse du sexe ne pouvait pas faire présumer que la femme qui a fait naufrage avec son mari, fût morte la première. En conséquence, la donation que son mari lui avait faite fut adjugée à ses héritiers, et l'on décida que c'était aux héritiers du mari à prouver que la femme était décédée la première.

La jurisprudence se trouve donc venir à l'appui de l'opinion des principaux jurisconsultes, pour établir que ce que la nécessité a fait adopter pour les successions *ab intestat*, en matière de présomptions de survie, ne doit pas être étendu aux successions testamentaires.

2125. Mais cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code Napoléon ?

Les auteurs sont à ce sujet divisés en deux camps. M. Chabot est à la tête de ceux qui ont adopté l'opinion de Bartole (2). D'autres, au contraire, et notamment M. Toullier (3), ont suivi la doctrine de Ricard.

Les raisons de décider étant les mêmes sous le Code Napoléon que dans l'ancienne jurisprudence, on ne doit pas

(1) Sur la loi 8, D., *De rebus dubiis*.

(2) Chabot, *Successions*, art. 720, n° 7. Delvincourt, t. II, p. 225. Merlin, Répert., v° *Mort*, § 3, art. 2. Delaporte, *Pand. françaises*, art. 722. MM. Duranton, t. VI, n° 42. Zachariæ, t. I, p. 180, § 85. Dalloz, *Répert. méth.*, v° *Success.*, ch. 1, sect. 1, n° 12. Marcadé, art. 722, n° 8. Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Successions*, n° 27.

(3) Toullier, t. IV, n°s 78 et suiv. Maleville sur l'art. 722. MM. Malpel, *Success.*, n°s 14 et 15. Vazeille, art. 722, n° 5. Belost-Jolimont *sur Chabot*, art. 720, *observ.* 1, Poujol, n° 11, sur l'art. 720. Taulier, *Théorie du Code*, t. III, p. 119.

s'écarter de l'autorité presque universelle dont l'opinion de Bartole jouissait avant sa promulgation.

Le Code a complété, à la vérité, le système des présomptions de survie ébauché par les lois romaines sur les comourants *ab intestat*. Ce que le Digeste avait établi seulement dans le cas de mort simultanée du père et du fils, le Code l'a étendu à tous individus appelés à la succession l'un de l'autre qui meurent dans les mêmes accidents. Il prévoit un plus grand nombre de cas, et établit des règles plus générales. Mais il ne s'occupe dans tout cela que des successions *ab intestat*, comme le prouve la rubrique sous laquelle sont placés les art. 720, 721, etc. En vain M. Toullier et les auteurs que nous avons cités combattant sur les mots, cherchent-ils à persuader que le mot « successions » s'applique aux successions testamentaires : nous répondrons que si cette signification du mot « successions » est exacte dans certains cas, elle ne l'est pas dans celui qui nous occupe en ce moment. En effet, dans l'art. 711, le législateur dit : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par » l'effet des obligations. » Voilà les trois grandes divisions tracées par le Code. On voit que le mot succession n'y sert qu'à désigner les successions *ab intestat*, que la succession testamentaire y est appelée donation testamentaire. Donc, lorsqu'à partir de l'article 718, le Code Napoléon commence à traiter des successions, c'est, suivant la division de l'article 711, des successions *ab intestat* qu'il entend parler, et non des successions testamentaires.

Sans doute il y a des règles qui, propres aux successions légitimes, s'appliquent aux donations testamentaires. On peut citer les règles relatives au partage et au payement des dettes (1). Mais cette extension n'a lieu que lorsqu'il y a

(1) *Supra*, n° 1839.

analogie parfaite dans les raisons de décider, dans les causes et dans les effets.

Voyons si, ici, l'analogie existe.

2126. Or, Bartole nous a dit ci-dessus (1) qu'on ne saurait la trouver. Dans la succession légitime, il y a nécessité absolue d'établir des présomptions capables de trancher les difficultés de certains cas ambigus. Dans les donations testamentaires, cette nécessité n'a pas lieu. Dans les successions légitimes, lorsque deux individus, appelés à la succession l'un de l'autre, viennent à mourir ensemble, et qu'on ignore quel est celui qui a prédécédé, au descendant duquel aurait-on adjugé la succession, si la loi n'était venue au secours de l'ignorance humaine? Devait-on laisser indécise et en suspens la transmission des biens? Mais lorsqu'on réclame l'exécution d'une donation testamentaire ou entre-vifs, on n'a pas à craindre cet inconvénient; car si la disposition de l'homme tombe, il reste toujours la disposition de la loi, et la transmission des biens ne se trouve pas entravée.

M. Toullier cherche à réfuter cette distinction fondée sur la nécessité des choses, et il la combat par les raisons suivantes qu'il prétend être sans réplique (2) :

« Ni cette nécessité prétendue, ni la crainte de voir les » biens rester vacants n'existent, en aucun cas, en écartant » les présomptions de survie. On n'en connaît pas moins, » avec certitude, à quels héritiers doivent être déférées les » successions des personnes qui ont péri dans le même événement; elles seront alors déférées comme si l'autre personne était absente, sans que son existence fût reconnue » (art. 135).

» Posons l'exemple donné par le tribun Siméon, d'un père

(1) N° 2124.
(2) T. IV, n° 78.

» et d'un fils qui ont péri dans le même événement; nul be-
» soin de présomption légale de survie pour connaître à
» qui la succession de l'un et de l'autre doit être déférée.

» Celle du fils sera déférée à ses héritiers légitimes de la
» même manière que si le père était absent, sans que son
» existence fût reconnue. Pourquoi cela? parce qu'on ignore
» si le fils a survécu.

» Et de même celle du père sera déférée à ses héritiers
» légitimes, comme si le fils était absent, etc. »

Mais ce n'est pas avec de si fragiles arguments que M. Toullier peut ébranler les profonds et lumineux motifs par lesquels Bartole justifie sa distinction. Car, enfin, qu'est-ce qu'un absent? C'est celui dont on ignore s'il est mort ou vivant; c'est celui dont l'existence se trouve enveloppée d'un nuage impossible à dissiper. Or, est-ce bien sérieusement que M. Toullier veut que nous considérions comme absent celui dont la mort est attestée par le fatal événement lui-même qui a fait naître la contestation? N'est-ce pas abuser du droit de raisonner que d'assimiler à un absent celui dont le trépas est reconnu et avéré? Et pourquoi? Parce qu'on n'a pas entendu sonner l'heure précise de sa mort!!

La nécessité de s'arrêter à des présomptions légales pour déterminer la marche des successions de deux individus comourants *ab intestat*, ressort donc de l'inutilité même des efforts que fait M. Toullier pour établir que cette nécessité est imaginaire. Si la loi n'eût pas été assez prévoyante pour suppléer à l'impossibilité de fixer l'heure de la mort des deux victimes, leurs biens seraient devenus vacants. Ils n'auraient pas même pu suivre la succession des biens des absents; car la loi se garde bien de confondre un homme mort avec un homme absent.

2127. En second lieu, remarquons que lorsque les successions de deux individus qui périssent dans un même évé-

nement viennent à s'ouvrir *ab intestat*, le législateur n'a aucune préférence à faire entre ceux qui se les disputent; ils viennent tous avec des droits réglés par la loi elle-même. Que devait donc faire le législateur au milieu de ce conflit de personnes également favorables? Il devait se déterminer par les présomptions de survie tirées *ex ordine naturæ;* c'est ce qu'il a fait dans le droit romain et dans le droit français, parce que c'était le seul moyen de sortir de la difficulté.

Mais s'il s'agit de donations testamentaires entre-vifs, il n'en est pas de même.

Le successeur *ab intestat* est préférable à celui qui n'a pour lui que la volonté de l'homme; c'est le successeur *ab intestat* que la loi saisit. Le légataire ou celui qui le représente doit donc prouver son droit afin d'obtenir la délivrance. Or, si le testateur et le légataire sont enveloppés dans la même catastrophe, les héritiers du légataire qui se présenteront pour obtenir le legs fait à leur auteur, et qui ne s'appuieront que sur un titre obscur et discutable, seront considérés d'un œil bien moins favorable que l'héritier *ab intestat*, qui a pour lui le vœu de la loi. Cette faveur suffira donc pour faire décider que le legs n'est pas dû, jusqu'à ce qu'il soit prouvé que le légataire est mort après le testateur. Rien n'oblige le législateur à trancher le nœud gordien par des présomptions de survie souvent incertaines et contraires à la vérité.

S'agit-il d'une donation entre-vifs faite avec pacte de retour? Le donataire et le donateur périssent ensemble sans qu'on puisse connaître lequel a prédécédé. Qu'avons-nous besoin de recourir à des présomptions équivoques de survie, pour savoir à qui doivent rester les biens? Les héritiers du donataire sont en possession. Or, *melior est causa possidentis.* C'est donc à celui qui veut faire cesser cette possession à prouver que le donateur a survécu. La faveur de la cause lève toutes les difficultés! Aucune nécessité ne force à pré-

sumer ce qui dans le fait peut très-facilement ne pas exister.

2128. En troisième lieu, lorsque la loi a recouru à des présomptions dans le cas prévu par les art. 720 et suivants du Code Napoléon, elle a cherché à se rapprocher de la vérité et de la justice. Elle s'est fondée sur l'ordre suivi par la nature dans la destruction successive des individus, afin de donner aux biens laissés *ab intestat* la destination la plus conforme aux affections du sang et aux liens de la parenté, en un mot, aux droits de la nature elle-même. Mais qui ne voit que son dessein serait étrangement méconnu, si l'on appliquait aux donations entre-vifs ou testamentaires les présomptions qui ont frappé le législateur dans les successions *ab intestat?* Les donations ne sont, en effet, le plus souvent qu'un moyen de renverser l'ordre naturel de la succession des biens, de dépouiller celui que la nature préférait, pour avantager un homme tout à fait indifférent. Or, pourra-t-on recourir, dans un cas semblable, aux présomptions tirées *ex ordine naturæ* pour le cas où c'est la loi seule qui veille à la transmission des biens? C'est invoquer les lois de la nature au moment où elles sont dérangées par la volonté de l'homme; c'est attribuer à la disposition de l'homme un privilége que la loi n'a introduit que pour le cas où elle dispose elle-même. Ainsi, sous ce nouveau point de vue, il n'y a pas d'analogie réelle entre les deux cas si heureusement distingués par Bartole.

2129. Nous pouvons donc conclure que la doctrine de ce jurisconsulte doit être suivie dans toute sa pureté, et c'est ce qu'a très-bien compris la jurisprudence des arrêts qui, ayant eu dans ces derniers temps à se prononcer sur la difficulté, a fait prévaloir les véritables principes (1).

(1) Bordeaux, 29 janvier 1849 (Devill., 49, 2, 625); Paris, 30 nov. 1850 (Devill., 51, 2, 404).

2130. Pourtant, en faisant l'application au droit français de la doctrine de Bartole, il faut user de précaution et avoir égard aux modifications que ce droit a faites à quelques principes du droit romain. On se tromperait, par exemple, si on suivait la décision de la loi 17, § 7, D., *ad S. C. Trebellianum*, dont nous avons parlé (1). Il est évident que cette décision est due à la faveur des fidéicommis et des dernières volontés. Nous, qui environnons les successeurs *ab intestat* de plus de faveur que les donataires par testament, nous devons rejeter l'application de cette loi. En thèse générale nous disons que c'est pour celui qui possède qu'il faut se décider, et que c'est à celui qui réclame les biens à prouver le fondement de son droit.

2131. Remarquons, en outre, que lorsqu'un titre testamentaire concourt avec le titre d'héritier légitime, la présomption de survie établie pour les successions *ab intestat* doit être appliquée; car le titre testamentaire qui a pour but d'agrandir le titre de successeur légitime, ne peut en détruire ni en empêcher les effets. C'est la doctrine que nous avons vu professer par Bartole, sur la loi 9, § final, D., *De rebus dubiis* (2).

2132. Il en est de même lorsque le jugement à porter sur la stipulation ou sur la disposition testamentaire dépend de la question de survie entre deux personnes appelées à la succession *ab intestat* l'une de l'autre et mortes dans le même événement. Nous avons examiné avec Bartole (3) un cas de cette espèce dans la loi 26 au Digeste, *De pactis dotalibus*. Il faut alors s'attacher aux présomptions de survie déterminées pour les successions *ab intestat;* car on ne peut pas faire que la même personne soit prédécédée s'il s'agit de succession

(1) *Supra*, n° 2104.
(2) *Supra*, n° 2124.
(3) *Supra*, n° 2124.

légitime, et qu'elle soit décédée à une époque inconnue, s'il s'agit de savoir quel a été l'instant de la mort pour déterminer l'effet d'une donation entre-vifs ou testamentaire. Cette absurdité serait choquante, et elle n'est entrée dans l'esprit d'aucun de ceux qui ont interprété les lois romaines.

2133. Nous avons dit tout à l'heure (1) que notre article, en voulant que le légataire survive au testateur pour que la disposition ne soit pas caduque, s'est décidé par le principe que les dispositions testamentaires sont faites en vue de la personne gratifiée et nullement en vue de la personne de ses héritiers. Pour que les héritiers soient censés appelés à la place du légataire, il faut que le testateur ait manifesté à cet égard une volonté explicite et précise.

Que si cette volonté n'est pas formelle, on ne l'admet pas aisément : c'est pourquoi Voët décide que lorsque le testateur s'est borné à dire : « Je lègue ma maison à Titius pour » lui et ses héritiers, » les héritiers de Titius décédé avant le disposant ne pourront prétendre au legs. Car cette adjonction « pour lui et ses héritiers » ne peut, suivant Voët (2), avoir la vertu de disposer : il faut la considérer comme une énonciation inutile, puisque ce qui est acquis à quelqu'un est aussi acquis à ses héritiers.

Quant à nous, tout en ne niant pas ce qu'il peut y avoir de vrai dans ces observations de Voët, nous voulons qu'on ne se prononce pas dans un sens trop absolu et qu'on consulte les circonstances (3).

(1) *Supra*, n° 2121 : « ... *Sic ut adjectio illa pro se et hæredibus nihil* » *disponat, sed superflua plane sit.* »

(2) *Ad Pand., Quand. dies legat. ced.*, n° 1, *in fine.*

(3) Arrêt du parlement de Paris, du 23 juin 1761, M. de Lamoignon premier président, Fourcroy et Biffre plaidants (*Journal du Palais*, t. I, p. 124).

Article 1040.

Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

SOMMAIRE.

2134. Renvoi.

COMMENTAIRE.

2134. Dans notre commentaire de l'art. 900, nous avons exposé, avec des détails complets, le caractère et les effets des conditions. Nous ne pouvons donc que nous référer à ce que nous avons dit, en cet endroit, du sujet qui fait la matière de notre article (1).

Article 1041.

La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.

SOMMAIRE.

2135. Explication.

COMMENTAIRE.

2135. Cet article n'est que l'application de ce principe que lorsque la condition ne fait que suspendre l'exécution, et non la disposition, cette disposition est pure et simple.

(1) *Supra*, nos 187 à 352.

Purum est legatum quia non conditione, sed mora suspenditur (1).

Or, la disposition étant pure et simple, il suit qu'elle a été transmise au légataire dès l'instant de la mort du testateur. Donc, si le légataire en a été saisi, il a pu évidemment la transmettre à ses héritiers, quoique l'exécution en ait été suspendue par quelque délai ou autre modalité.

ARTICLE 1042.

Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

SOMMAIRE.

2136. De la caducité par la perte de la chose léguée.
2137. De la perte arrivée pendant la vie du testateur.
2138. Quand une chose est-elle censée avoir péri ?
2139. Principes à l'effet d'apprécier ce que l'on doit entendre par la perte de la chose. — Du changement de la chose d'une espèce en une autre.
2140. Changement de la chose léguée par accession.
2141. *Quid* du changement des parties diverses dont se compose la chose léguée?
2142. Il ne faut pas oublier qu'en cette matière la volonté du testateur doit prévaloir avant tout.
2143. L'insuffisance des biens de la succession peut rendre le legs caduc en tout ou en partie.
2144. De la perte arrivée après la mort du testateur.

(1) Papinien, l. 17, D., *De condit. et demonst.*

COMMENTAIRE.

2136. L'article précédent s'est occupé de la caducité du legs provenant du prédécès de la personne gratifiée. Notre article traite d'une autre cause de caducité, à savoir, de celle qui a lieu par la perte de la chose léguée.

La perte de la chose léguée peut se produire dans des circonstances diverses. Elle peut avoir lieu après la mort du testateur, ou avant la mort du testateur. Depuis la mort du testateur la perte peut être imputée tantôt à la force majeure, tantôt à la faute de l'héritier, et il résulte de ces deux hypothèses des conséquences diverses sur le droit du légataire.

Nous avons parlé, dans notre commentaire de l'article 1018 (1), du cas où, depuis la mort du testateur, la chose léguée a péri par la faute de l'héritier, et du cas où elle a péri après la mise en demeure.

Il nous reste à nous occuper du cas où le legs devient caduc par la perte de la chose léguée durant la vie du testateur, ou après la mort, mais sans le fait de l'héritier.

2137. Et d'abord, parlons de la perte arrivée pendant la vie du testateur.

Il n'y a pas de difficulté pour décider que la perte totale de la chose léguée opère l'extinction du legs (2). Ainsi, Primus lègue à Titius sa maison ; avant la mort du testateur, cette maison est entraînée, sol et bâtisse, par une inondation. La disposition sera évidemment caduque, puisqu'il n'y a plus rien de la chose à laquelle elle s'applique (3).

Si la chose ne périt qu'en partie, le legs ne sera également caduc qu'en partie. Le Digeste, toujours si riche sur

(1) *Supra*, n° 1934.

(2) Pomponius, l. 26, § 1, D., *De legat.*, 10.

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 343, n° 353, Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 50. Ricard, *Donations*, part. 3, n° 357.

la matière des legs, contient plusieurs lois qui le décident ainsi (1), et rien n'est plus évident.

2138. Ici se présente la question de savoir quand une chose est censée avoir péri, question pour la solution de laquelle les lois romaines viennent encore à notre secours.

Mais avant de l'examiner, il faut bien se pénétrer de cette vérité, à savoir, qu'au point de vue de notre article, il doit être supposé en fait que la chose léguée est une chose présente au moment du testament, sur laquelle s'est portée précisément l'attention du testateur : car, si ce dernier avait voulu léguer une chose future, sous la seule condition qu'elle existât à son décès, il serait inutile de se préoccuper des faits de force majeure ou autres qui auraient précédé la mort du disposant.

Je m'explique :

Pierre lègue à François sa récolte. Qu'importe le sort de la récolte pendante au moment du testament, qu'importe sa perte ou sa consommation ? Ce n'est pas d'elle qu'il s'agit, c'est de la récolte pendante au jour du décès.

Pierre lègue à son neveu la fin de son bail. Le bail dont il s'occupe n'est pas le bail existant au moment du testament, et il sera indifférent que ce bail soit expiré. La fin de bail léguée est celle du bail courant au moment du décès, et il ne faudra penser qu'à celle-là.

Quoique ces vérités soient frappantes d'évidence, on les a contestées dans l'espèce suivante, et c'est ce qui nous a déterminé à les formuler.

Un sieur Bonnefoy avait déclaré léguer à l'un de ses neveux, Antoine Bonnefoy, la jouissance, pour ce qui resterait à courir après sa mort, d'un appartement que le testateur

(1) Pomponius, l. 22, D. *De legat.*, 1°. Paul, l. 8, § 2, D., *De legat.*, 2°. Ulpien, l. 52, § 2, D., *De legat.*, 3°. Celsus, l. 79, D., *De legat.*, 3°. Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 354. Voët, *loc. cit.*, n° 52. Ricard. *loc. cit.*

occupait alors en vertu d'un bail qui devait expirer sept ans après. Au bout des sept ans le testateur renouvela ce bail, et le dernier bail avait deux années déjà commencées lorsque le testateur mourut. Le légataire universel refusa à Antoine Bonnefoy la délivrance de son legs sous le prétexte que ce legs était caduc par l'expiration du bail précédent, le seul compris, suivant lui, dans la disposition. Mais ce système fut repoussé par arrêt de la cour de cassation du 12 décembre 1831 (1). Il n'était pas proposable, et les raisons abondaient pour en démontrer les côtés faibles.

2139. Ceci posé et bien entendu, arrivons aux notions qu'il faut avoir présentes à l'esprit pour se faire des idées justes sur ce que l'on doit entendre par la perte de la chose. Il est des changements qui équivalent à perte; il en est d'autres qui, loin de détruire la chose, ne font que l'améliorer ou l'augmenter. Il est des pertes qui se réparent, et que le testateur a voulu faire disparaître, à côté de celles qu'il laisse sans réfection. Toutes ces nuances doivent être distinguées et mûrement pesées.

Une chose a péri, dans le sens de la loi, non-seulement quand elle a cessé d'exister absolument, mais encore quand elle a cessé d'exister dans l'espèce qu'elle avait. De là, il suit que la permutation de la chose léguée en une autre espèce anéantit le legs : « *Ex dissolutione et permutatione rei legatæ in alteram speciem voluntas mutata videtur* (2). »

La loi 88, *in principio*, D., *De legat.* 3° (3), donne pour exemple de cette règle le cas où le testateur ayant légué de la laine, en a fait ensuite des habits; et encore celui où le testateur ayant légué une certaine quantité de bois, en a fait

(1) Devill., 33, 1, 314. *Palais*, t. XXIV, p 425.

(2) Mantica, *De conj. ult. volunt.*, l. 12, t. II, n° 8. Marcellus, § 1, l. 6, *De auro leg.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 344, n° 358.

(3) Paul, lib. 5, *ad. leg. Jul. et Pap.*

construire un vaisseau. Ni les habits, ni le vaisseau ne sont dus, à moins d'une volonté bien claire exprimée dans le testament (1)

Toutefois, les jurisconsultes romains proposent une solution différente, lorsque le changement s'applique à une chose qui, quoique ayant revêtu une forme nouvelle, peut aisément reprendre la forme qu'elle avait auparavant, tels sont les métaux..... C'est pourquoi, suivant Paul (2), si je lègue à un individu un lingot d'argent, et qu'ensuite j'en fasse de la vaisselle, le legs sera dû; car l'argent ne perd pas son nom par cette transformation, et il peut de suite reprendre la forme de lingot par l'action du feu : « *Cujus hæc » ratio traditur : quippe ea quæ talis naturæ sunt, ut sæpius » in sua possint redigi initia, ea materiæ potentia victa, » nunquam vires ejus effugiant.* »

Pourtant, comme tout ici est dominé par l'intention du testateur, le juge examinera si sa volonté n'a pas été de révoquer le legs, et plus d'une circonstance de fait pourra se présenter pour faire décider l'affirmative.

Quoi qu'il en soit, les mêmes doutes n'existeront pas si le testateur ayant légué un morceau de marbre, en a fait faire une statue, parce que, s'il est une fois façonné et travaillé, il ne peut reprendre son ancienne forme (3).

2140. L'accession fait souvent changer une chose de forme et de valeur... Et cependant cette chose ne cesse pas de demeurer ce qu'elle était. Le seul point à considérer est si la chose léguée forme le principal dans cette union, et si la chose ajoutée ne forme que l'accessoire. Dans ce dernier

(1) Pothier, *Pand. loc. cit.* Ricard, part. 3 nos 394 et suiv.

(2) L. 78, § 4, D., *De legat.*, 3° Pothier, *Pand.*, t. II, p. 416, n° 1.

(3) Paul, *loc. cit.* Voy., sur ce point, Bartole au sujet de la loi 44, § 2, D., *De legat.*, 1o, n° 1. Mantica, *loc. cit.* Cujas au sujet de la loi 18, § 3, D., *De pignoribus* (*ad lib.* 29. Pauli *ad edict.*) Ricard, *loc. cit.*

cas, il n'y aura pas transformation légale de la chose, et le legs ne sera pas caduc (1).

Toutefois l'intention du testateur (on ne saurait trop le répéter) devra être rapprochée de cette règle pour la confirmer ou l'infirmer. En matière de legs, la volonté est la règle souveraine.

On peut donner pour exemple le cas où le testateur, après avoir légué un emplacement, y a élevé des constructions. En règle générale, ces constructions devront appartenir au légataire de l'emplacement, en vertu de la maxime *ædificium solo cedit*. C'est ce que nous avons établi ci-dessus (2). Mais si le testateur a manifesté une volonté contraire soit explicitement, soit implicitement, cette règle ne sera pas suivie.

2141. Il y a des objets qui se composent de parties diverses, dont l'ensemble forme un tout ayant une forme déterminée : telle est une maison où se trouve l'assemblage de pierres de différentes formes et grandeurs, de pièces de bois, etc... Lorsqu'il s'agit d'un objet de cette nature, le changement des parties ne peut nuire au tout; toutes les pierres de la maison peuvent être changées les unes après les autres, la maison n'en restera pas moins une maison. Si donc le testateur lègue une maison, et qu'ensuite il la refasse peu à peu, partie par partie, de fond en comble, elle sera toujours due. C'est la solution donnée par Caïus (3). Pomponius (4) cite un exemple analogue, celui du legs d'un vaisseau réparé tant de fois depuis le testament qu'il aurait été entièrement refait. Dans ces espèces, en effet, le corps ne

(1) Ulpien, l. 44, § 4, D., *De legat.*, 1o. Paul, l. 98, §, 8, D., *De solut.* Cujas sur les lois 21 et 22, D., *De legat.*, 1o.

(2) N° 1940.

(3) L. 95, § 2, D., *De legat.*, 1°.

(4) L. 24, § 4, D., *De legat.*, 1°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 345, n° 390 *Junge* Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 4. art. 1, § 2. Grenier, n° 316. Duranton, t. IX, n° 393.

cesse pas de subsister; ce sont des parties existantes qui reçoivent l'union de parties nouvelles.

2142. Quand le testateur a détruit la chose qui faisait l'objet de sa disposition : quand, par exemple, il a démoli la maison et qu'il en a fait bâtir une autre à la place, on demande si le legs sera dû. Suivant Caïus il est censé caduc, par la raison que la nouvelle maison est un autre corps qui n'est pas compris dans le legs : « *Si domus fuerit legata...,* » *et ea domo destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit,* » *dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse* » *fuerit adprobatum* (1). » Il y a plus, et d'après Mantica (2) cette décision devrait avoir lieu, soit que le testateur eût démoli volontairement la maison, soit qu'elle eût été démolie par cas fortuit.

Mais pour dire notre avis là-dessus, il nous semble que ces décisions sont plutôt de fait que de droit, et il faut prendre garde de ne pas voir des règles générales là où n'existent que des décisions sur des cas particuliers (3). Ainsi, par exemple, si le testateur démolissait la maison léguée, et si avec les mêmes matériaux il en construisait une autre sur le même emplacement, afin de se procurer plus de commodité, nous pensons que le legs ne serait pas caduc (4). Mais s'il détruisait la maison léguée afin d'en employer les matériaux à autre chose, et qu'ensuite avec d'autres matériaux il fît édifier une maison nouvelle sur des plans tout différents de l'ancien bâtiment, on pourrait dire que le legs a été révoqué, et que ce qui existe n'est pas ce qui a été légué.

2143. L'insuffisance des biens laissés à son décès par le testateur produit des effets analogues à la perte de la chose

(1) Caïus, l. 65, § 2, D , *De legat.*, 1° Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(2) Mantica (d'après Jason), *loc cit.*

(3) *Supra*, n° 1940 Voët, *Ad Pand.*, *De legat.*, n° 55.

(4) Ricard, part. 3, n° 386.

léguée. Si, par exemple, le testateur, estimant sa fortune au-dessus de sa valeur, fait des legs que les réserves empêchent de payer en tout ou en partie, et il y aura, pour ainsi dire, caducité totale ou partielle, ou, si l'on aime mieux, inutilité du legs.

Notez que pour que l'insuffisance de biens de la succession puisse être opposée au légataire, il faut qu'elle résulte d'une liquidation régulière. On trouve ces points consacrés dans un arrêt de la cour de Paris du 3 mars 1820 (1).

Il y a, du reste, cette différence entre la perte réelle et l'insuffisance, que la perte éteint le legs d'une manière absolue, au lieu que le legs peut reprendre sa force, si des ressources inespérées viennent mettre dans la succession de quoi l'acquitter.

2144. Venons maintenant au cas où la perte arrive après la mort du testateur.

Nous avons dit ci-dessus (2) qu'aux termes de la deuxième disposition de notre article, le legs est caduc si la chose a péri après le décès du testateur, sans le fait et la faute de l'héritier : cette disposition n'est que l'application du principe *res perit domino* : et ce n'est point là à proprement parler une caducité. Aussi a-t-on critiqué avec raison les ex-

(1) Entre autres moyens opposés par la légataire universelle à la demande en délivrance d'un legs particulier de 12,000 fr., on faisait valoir subsidiairement celui-ci : que le legs particulier dont il s'agissait devait être déclaré nul, parce que les forces de la succession constatées par l'inventaire étaient presque absorbées par les dettes du défunt.

Voici sur ce point la réponse du jugement qui fut adoptée par l'arrêt du 3 mars 1820 de la cour de Paris (Devill., 6, 2, 217) :

« Attendu que l'insuffisance de la succession pour acquitter les reprises de » la veuve du testateur ne rendrait pas nuls en droit, mais seulement inutiles » en fait les différents legs portés au testament; que d'ailleurs cette insuffi- » sance ne pourra être établie que par une liquidation, etc., etc.;

» Par ces motifs, déclare valable le legs dont il s'agit, etc., etc.

(2) N° 2136.

pressions du Code sur ce point (1). En effet, le légataire a acquis la propriété de la chose léguée au moment de l'ouverture de la succession (2). Il n'y a donc pas de caducité, puisque tout au moins la disposition a produit la saisine de droit.

ARTICLE 1043.

La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir.

SOMMAIRE.

2145. De la caducité par répudiation.
2146. De l'époque à considérer pour apprécier l'incapacité du légataire. — Renvoi.
2147. De la différence entre la donation et le legs quant à l'acceptation.
2148. De la faculté de répudier une hérédité en droit romain.
2149. Des conditions nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité. — 1° Il faut que les choses soient entières.
2150. Explication de cette condition.
2151. Quelles personnes néanmoins pourraient être admises à revenir contre leur acceptation.
2152. 2° Il faut que l'échéance soit arrivée.
2153. 3° Il faut que la répudiation ait lieu pour le tout.
2154. Quelles personnes peuvent répudier.
2155. Par quels actes on peut répudier.
2156. Exemples de renonciation tacite dans l'ancien droit.
2157. De la jurisprudence sur ce point.
2158. Le légataire peut retirer sa renonciation, s'il n'y a eu ni partage ni acceptation par un autre légataire ou héritier.
2159. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé.

(1) Zachariæ, t. V, § 725, p. 151, note 7.
(2) *Supra*, n° 1925.

COMMENTAIRE.

2145. Le Code, après avoir parlé dans l'art. 1039 du cas où la disposition devient caduque par le prédécès du légataire, revient aux causes de caducité dont l'origine est dans la personne de ce même légataire; l'art. 1043 traite de la caducité provenant de la répudiation ou de l'incapacité.

2146. Nous avons vu ci-dessus les incapacités qui empêchent de recueillir une disposition testamentaire (1), nous ne voulons pas y revenir; nous nous bornerons à rappeler que l'incapacité du légataire doit être considérée au moment où le testament produit son effet, et que c'est alors seulement qu'elle opère et rend la disposition caduque. Car l'incapacité survenue après que le legs a été acquis à la personne gratifiée n'a pas d'effet rétroactif. On peut recourir à ce que nous avons dit ci-dessus (2), sur les époques à considérer pour déterminer la capacité des héritiers ou légataires.

2147. En voilà donc assez sur l'incapacité (3). Passons à la répudiation.

Toute libéralité doit être acceptée : *Invito beneficium non datur*. Il y a pourtant, à cet égard, une différence entre la donation et le legs. L'acceptation des donations entre-vifs doit être expresse et authentique comme la donation; il n'en est pas de même de l'acceptation des libéralités à cause de mort. Elle résulte le plus souvent d'actes tacites; on la présume même volontiers, et le legs est toujours censé accepté, à moins que cette présomption ne soit exclue par la répudiation.

Il suit de là que lorsqu'un donataire entre-vifs meurt avant d'avoir accepté formellement la donation, cette dona-

(1) Nos 511 et suiv., art. 902.
(2) Nos 433 et suiv. (observ. prél. du ch. 2).
(3) Voy. encore *infra*, nos 2484 et 2485.

tion est destituée d'effets, parce que la donation est un contrat qui ne subsiste que par le concours de deux volontés légalement manifestées. Si au contraire le légataire meurt avant d'avoir fait connaître son acceptation, il n'en transmet pas moins à son héritier le droit à la chose léguée qu'il a acquis dès le jour de la mort du testateur (1).

2148. Dans le droit du Digeste, où l'on distinguait les héritiers en héritiers siens, héritiers nécessaires et héritiers étrangers, tout le monde n'avait pas la faculté de répudier une hérédité (2). Les héritiers siens et nécessaires, qui étaient héritiers de plein droit et malgré eux, ne pouvaient répudier d'après la maxime : *Qui semel est hæres non potest desinere esse hæres*. Le préteur accordait toutefois le bénéfice d'abstention aux héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants. Ce bénéfice d'abstention ne leur faisait pas perdre la qualité d'héritier ; ils la conservaient toujours; seulement ils n'étaient pas soumis aux charges et actions héréditaires. Il y avait donc une différence essentielle entre la répudiation et l'abstention. La répudiation faisait perdre la qualité d'héritier; l'abstention n'effaçait que l'obligation des charges héréditaires (3).

Justinien abrogea cette différence par la loi 22, § 1, au Code *De jure deliberandi*, qui établit un droit nouveau, et qui déclare que l'abstention, de même que la répudiation, résout tous les droits à l'hérédité et en dépouille celui qui s'est abstenu ou qui a répudié (4). C'est ce droit que nous suivons aujourd'hui, et nous ne faisons aucune différence entre l'abstention, la répudiation, la renonciation, etc....

2149. Plusieurs conditions sont nécessaires pour pouvoir répudier une libéralité.

(1) Art. 1014 du C. Nap.
(2) Nos 1806 et suiv., art. 1006.
(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 246, nos 83, 86, 88.
(4) Furgole, ch. 10, sect. 2, no 3.

La première est que les choses soient entières : ce qui veut dire, qu'on ne peut répudier une libéralité à cause de mort, qu'autant qu'on ne l'a pas d'abord acceptée. Ainsi, celui qui aurait accepté soit tacitement, soit expressément l'hérédité à lui déférée, ne pourrait ensuite s'en abstenir. *Semel hæres, semper hæres* (1).

La même règle doit être suivie à l'égard du legs particulier, d'après la maxime générale posée par les lois romaines : *Quod acquisitum est, repudiari non potest* (2). La jurisprudence a eu souvent occasion d'en faire l'application (3).

2150. Le legs ne peut être répudié, après l'acceptation, sous prétexte des charges qui le rendent onéreux.

A la vérité, nous avons dit ci-dessus (4) que la charge ne

(1) Cassat., 22 janvier 1817 (Devill., 5, 1, 274). *Infra*, n. 2158.

(2) Ulpien, l. 1, § 7, D., *De sucess. edicto*. Papinien, l. 22, D., *De fideicomm. libert*. Paul, l. 36, D., *Ad leg. falcid*. Papinien, l. 70, § 1, D., *De legat.*, 2°. *Junge* Cujas, *Observat.*, l. 3, ch. 11. Meynard, l. 7, ch. 8. Furgole, *loc. cit.*, n° 8. Merlin, Répert., v° *Légataire*, p. 775, col. 1.

(3) Arrêt de Bordeaux du 21 mars 1828 (Devill., 9, 2, 59), décidant que la veuve, légataire universelle de son mari, qui transige dans un ordre avec des créanciers contestant une créance de la succession et s'engage à les désintéresser, fait acte d'acceptation pur et simple, bien qu'elle eût déclaré précédemment n'entendre accepter que sous bénéfice d'inventaire.

Arrêt de cassation du 24 août 1831 (rej. de Bordeaux) (*Palais*, t. 24, p. 174), qui décide que l'acceptation de la qualité de légataire universel peut résulter, au profit d'un légataire particulier, d'une lettre dans laquelle le premier reconnaît avoir accepté cette qualité de légataire universel.

Il a été jugé cependant que la renonciation à un legs particulier entraîne la caducité de ce legs et fait entrer la chose léguée dans la succession du défunt, pour appartenir au légataire universel ou à l'héritier légitime, bien que ce legs eût d'abord été accepté, si ces derniers ne contestent pas une telle renonciation; et par suite que dans le cas où le legs particulier successivement accepté et répudié a pour objet une créance, le légataire universel peut, tenant la renonciation pour valable, réclamer le payement de cette créance, sans que le débiteur soit fondé à arguer lui-même la renonciation de nullité. Req. 9 août 1859 (Dev., 60, 1, 347; Dalloz, 59, 1, 449). Mais V. les observations critiques de M. Labbé en note de l'arrêt au *Journal du Palais*, 1860, p. 1035.

(4) *Supra*, n° 365.

peut excéder l'émolument : mais ce serait à tort que l'on se servirait de ce principe incontestable, pour dire que si la charge du legs est onéreuse au légataire, il peut répudier la libéralité, même après l'avoir acceptée. Le légataire ne peut se dégager de la charge qu'il a consenti à accomplir.

Ainsi, si, par affection, le légataire avait estimé la chose léguée plus que la charge y apposée, il pourrait être forcé à accomplir cette charge, et il ne serait pas reçu à répudier la libéralite (1).

Ainsi, si la chose léguée venait à périr entre les mains du légataire, il ne pourrait répudier le legs, pour se dispenser de la charge.

Il est clair, du reste, que le principe qui défend de répudier un legs accepté, n'a de raison d'être que pour le legs avec charge et qu'il est sans application pratique à un legs pur et simple. Peu de personnes, en effet, sont tentées de répudier, après l'avoir accepté, un legs pur et simple qui, ainsi que nous l'apprend l'art. 1024 (2), n'est qu'émolument et avantage ; et s'il y avait quelqu'un qui crût devoir répudier dans ces circonstances, nous ne croyons pas que ceux qui profiteraient de cet abandon songeassent à s'en plaindre (3).

2151. Il est donc constant, en thèse générale, qu'on ne peut répudier une libéralité qu'autant qu'on n'est pas lié par une acceptation obligatoire. Il faut cependant excepter les personnes qui ne jouissant pas de l'intégrité de leur capacité, auraient accepté sans les autorisations qui les protégent. Ces personnes peuvent revenir plus tard contre leur acceptation.

(1) Furgole, VII, 1, 63, 64. Ricard, *Dispos. condit.*, nos 109, 281. *Supra*, no 366.

(2) *Supra*, nos 1982 et suiv.

(3) Voy. ci-dessus ce que nous avons dit de la répudiation de la donation, no 65, art. 894.

2152. La deuxième condition pour répudier un legs universel ou particulier, est qu'il soit échu par la mort du testateur, s'il est pur et simple, ou s'il est accompagné d'une condition suspensive, que la condition soit arrivée. Car la renonciation faite avant cette époque serait nulle et inefficace (1).

2153. Il est une troisième condition : il faut que celui qui ne veut pas profiter du legs répudie pour le tout ; car s'il ne répudiait qu'une partie, et déclarait vouloir accepter l'autre, il n'accepterait ni ne répudierait. *Legatarius pro parte repudiare non potest* (2).

Ainsi, Caïus lègue un troupeau à Sempronius; Sempronius ne pourra demander partie des animaux et rejeter l'autre partie (3).

Cette règle s'applique même au cas où, par la même disposition, il serait fait deux legs au même légataire, dont un avec charges. Le légataire ne pourrait accepter le legs libre et répudier l'autre (4) ; car ces deux legs ont un caractère d'unité qui ne permet pas de les diviser.

2154. Disons maintenant un mot des personnes qui peuvent répudier.

La répudiation est une aliénation, quoique sous certains rapports les lois romaines ne l'aient pas considérée comme

(1) Ulpien, l. 13, D., *De adq. hæred.* Doneau, *Comm.*, l, 8, cap. 18, nº 20. Toullier, t. VI, nº 533.

(2) Pomponius, l. 38, D., *De legat.*, 1º. Paul, l. 4, D., *De legat.*, 2º. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 346, nº 368.

(3) Paul, l. 6, D., *De legat.*, 2º. Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*

(4) « *Sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum vero* » *amplecti posse, respondetur.* § 1. *Sed si unum ex legatis onus habet, et* » *hoc repellatur, non idem dicendum est. Pone eum, cui decem et Stichus le-* » *gatus est, rogatum servum manumittere : si Faleidia locum habet, ex de-* » *cem utriusque legati quarta deducetur. Igitur, repudiato servo, non evita-* » *bitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet.* » (Paul, l. 5, D., *De legat.*, 2º. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 346, nº 369.)

telle ; il n'y a donc que ceux qui peuvent aliéner qui peuvent répudier (1).

2155. Par quels actes peut-on répudier ?

Comme la rénonciation ne se présume pas, le Code Napoléon a voulu que la répudiation des successions fût faite par acte au greffe du tribunal de première instance (2).

Mais cette disposition ne s'applique pas aux legs, du moins aux legs particuliers ; elle ne pourrait, tout au plus, être étendue qu'aux legs universels ou à titre universel, parce que ceux qui sont ainsi institués sont successeurs aux biens et tenus des dettes pour leur part et portion (3).

Quant à ce qui concerne les legs particuliers, comme les légataires particuliers ne sont pas des sucesseurs ayant qualité pour représenter le défunt, et qu'ils ne sont pas tenus des dettes, il est évident qu'il n'est pas nécessaire que leur répudiation soit prouvée par un acte du greffe. Ils restent sous l'empire du droit qui, avant l'exception portée par l'art. 784 du Code, permettait de répudier, même tacitement, une hérédité, une succession, une libéralité quelconque. C'est ce qui résulte à la fois des lois romaines (4) et de la jurisprudence (5).

2156. Mantica a traité au long les conjectures desquelles

(1) Furgole, ch. 10, sect. 2, n° 42. Caïus, l. 11, D., *De auctor. tut.* Ulpien, l. 5, § 8, D., *De rebus corem qui sub tutel. sunt.* Pothier, *Success.*, ch. 3, sect. 3, art. 1, § 2. Merlin, Répert., v° *Légataire*, § 4, n° 4, t. VI, p. 771 *in fine*.

(2) Art. 784 du C. Nap.

(3) Une renonciation à une succession appelle d'autres héritiers : elle intéresse aussi les créanciers de la succession. Un acte de cette nature doit être nécessairement public ; il sera fait au greffe du tribunal d'arrondissement dans lequel la succession sera ouverte. — Treilhard, Exposé des motifs au corps législatif (Fenet, t. XII, p. 152. Locré, t. XI, p. 195).

(4) Ulpien, l. 120, § 1, D., *De legat.*, 1°. Scævola, l. 88, § 14, D., *De legat.*, 2°.

(5) Cassat., 22 janvier 1847 (Devill., 5, 1, 274). Voy. *infra*, n° 2158.

on peut tirer les présomptions d'une rénonciation tacite (1). Nous ne nous arrêterons pas aux longues discussions de cet auteur ; il examine, *ex professo*, si l'on peut tirer une preuve de répudiation de ces mots : « *Nolo adire, nolo hæres esse, non adibo, dico me non aditurum*, etc. » On pourrait dire de ces controverses : « *Difficiles nugæ.* » Elles sont si éloignées de la simplicité de notre droit, qu'on a peine à les concevoir aujourd'hui (2); mais il y a des exemples plus sérieux. La loi 120, § 1, D., *de legat.*, 1°, enseigne que celui qui consent à la vente de la chose léguée, est censé répudier le legs. Ici, l'intention ne peut être douteuse, et ce cas peut servir de boussole pour les questions de ce genre (3). La jurisprudence offre aussi des espèces qu'il est utile de consulter (4).

2157. Mais une réflexion doit tout dominer, c'est qu'une rénonciation ne se présume pas et qu'il faut, par conséquent, qu'elle soit clairement prouvée. C'est pourquoi nous sommes de l'avis de Furgole (5), qui combat l'opinion de ceux (6) qui veulent qu'on soit censé renoncer, lorsqu'on laisse perdre les effets précieux compris dans la libéralité.

Un arrêt de la cour de Caen, du 10 novembre 1814, avait refusé de voir une répudiation de legs dans les circonstances suivantes :

(1) *De conject. ult. vol.*, l. 12, t. IV, nos 1 à 31.

(2) Furgole, ch. 10, sect. 2, nos 80 et suiv.

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 3, § 3.

(4) Arrêt de la cour de cassation, du 21 mai 1838 (Devill., 42, 1, 37), qui décide qu'une femme légataire d'une partie des biens de son mari, qui, dans un traité fait avec ses enfants, déclare, en recevant une somme de....., qu'il ne lui est plus rien dû pour une cause quelconque, est par là réputée renoncer au legs qui lui a été fait ou reconnaître qu'elle en a reçu la délivrance.....; du moins que l'arrêt qui le juge ainsi échappe à la censure de la cour de cassation.

(5) *Loc. cit.*, no 91.

(6) Bartole, *in l. Gerit.*, no 23, D., *De adq. hæredit.* Mantica, *loc. cit.*, l. 12, t. XIV, no 26.

Le sieur Jean Gast avait fait à son frère Abraham Gast un legs de la nue propriété de certains immeubles sans dispense de rapport. A l'ouverture de la succession, le frère figura à l'inventaire, comme habile à succéder ; peu après, il fit acte d'héritier, en recevant sa portion dans une créance de la succession.

Un mois plus tard, Abraham Gast déclara à ses cohéritiers qu'il entendait renoncer à la succession de son frère pour s'en tenir à son legs (1). Ceux-ci répondirent en l'assignant à fin de partage en qualité d'héritier pur et simple. Ils se fondaient sur ce qu'ayant pris le titre d'héritier, Abraham Gast devait le rapport de son legs ; ce qui équipollait, de sa part, à une répudiation de la libéralité.

Cette objection était grave : pour l'éluder, l'arrêt de la cour de Caen refusa de voir un acte d'adition d'hérédité dans l'acceptation d'une part de créance de la succession par Abraham Gast ; d'après cette cour, cette division d'une seule créance, dans une succession composée de quantité de créances, de meubles et d'immeubles, ne pouvait être considérée comme un partage. Or, jusqu'au partage, Abraham avait droit d'opter, tout en prenant la qualité d'héritier.

Mais la cour de cassation (2), acceptant les faits dans leur sincérité et faisant application de l'ancienne maxime *semel hæres semper hæres*, cassa l'arrêt de Caen. Elle imprima à Abraham Gast la qualité d'héritier, d'où suivait nécessairement un abandon de son legs (3).

2158. Il peut arriver que le légataire répudie par un premier mouvement, et que par la suite il éprouve du repentir; dans ce cas, il lui est permis de retirer sa renonciation, à la condition qu'il ne soit intervenu aucun acte de partage, et

(1) Art. 845 du C. Nap.
(2) Cassat., 22 janvier 1817 (Devill., 5, 1, 274)
(3) *Supra*, n° 2150.

qu'aucun héritier ou légataire n'ait recueilli ou signifié son intention de recueillir la part répudiée (1).

L'art. 790 du Code Napoléon offre, à cet égard, un argument décisif. Il autorise, en effet, l'héritier *ab intestat* à revenir contre la renonciation qu'il a faite à la succession, si elle n'a déjà été acceptée par d'autres. Pourquoi n'en serait-il pas de même à l'égard du légataire renonçant?

L'hérédité testamentaire, ou déférée par la volonté de l'homme, est une succession aussi bien que l'hérédité légitime ou déférée par la volonté de la loi, et nous avons vu plus d'un cas où les règles tracées dans le chapitre V du titre I du livre III du Code, sont suivies lorsqu'il s'agit de dispositions testamentaires (2). Si donc, il est certain que le légataire a, comme l'héritier *ab intestat*, le droit de répudier, on doit être forcément amené à reconnaître aussi qu'il doit avoir, comme lui, le droit de rétracter sa répudiation; car les deux positions sont analogues, et de plus, les deux droits sont la conséquence l'un de l'autre. C'est ce qui résulte formellement du considérant suivant d'un arrêt de la cour de cassation (3) :

« Attendu que le droit de rétracter la répudiation sous » les conditions exprimées en l'art. 790 du Code civil est » inséparable du droit de répudier, et que ce double droit » appartient à l'héritier testamentaire comme à l'héritier » légitime, puisque le Code les a mis sur la même ligne, en » comprenant dans le même titre les successeurs légitimes » et les successeurs testamentaires (4). »

(1) La cour de Grenoble a consacré ce principe, par arrêt du 22 mars 1830 (Devill., 31, 2, 249), dans une espèce où les héritiers, aussitôt après la renonciation du légataire, avaient déclaré accepter l'hérédité. — Le légataire ne peut être admis à revenir contre sa renonciation.

(2) *Supra*, notamment nos 1839, 1843.

(3) Cassat. (rej. de Pau), 23 janvier 1837 (Devill., 37, 1, 394).

(4) Il est inutile de faire remarquer que, dans l'espèce au sujet de laquelle

2159. Les créanciers du légataire peuvent être admis à accepter la libéralité à laquelle il a renoncé (1). Cette renonciation, qui est souvent le fruit de la négligence, d'un mauvais calcul ou d'une malice (2), peut leur être préjudiciable, et ils ont le droit de s'en plaindre. Nous ne suivons pas, en ce point, les principes du droit romain (3), qui n'autorisait l'action des créanciers que quand le débiteur aliénait, en fraude, ce qui lui appartenait, et non lorsqu'il négligeait d'acquérir (4). Les créanciers ont pu savoir que le défunt destinait à leur débiteur son hérédité, ou une partie de son hérédité, et ils ont pu être conduits par cette considération à lui prêter loyalement leur argent. Au point de vue de l'équité, on peut dire avec Louet : « *Spes hæreditatis futuræ* » *est in bonis* (5). »

Il est vrai que nous avons établi ci-dessus (6) que les créanciers n'ont pas qualité pour accepter une donation répudiée par leur débiteur. Mais on ne doit pas comparer la donation avec le legs. Dans la donation, le donateur est là qui, ayant fait une libéralité en faveur d'une personne qu'il affectionne, est maître de refuser l'acceptation de tiers qui lui sont indifférents, et de briser par sa volonté un acte qui n'a pas encore acquis le caractère bilatéral. La situation est tout autre quand il s'agit de legs, et ces raisons, décisives quand il s'agit de donations, ne décident rien quand il s'agit de disposition à cause de mort.

cet arrêt est intervenu, les biens compris dans le legs auquel le légataire avait d'abord renoncé, n'avaient pas encore été recueillis par d'autres légataires ou héritiers.

(1) Art. 38, t. I de l'ord. de 1747. Argument des art. 622 et 788 du C. Nap. *Infra*, n° 2249.

(2) Louet et Brodeau, lettre *R*, *somm.* 20.

(3) L. 6, D., *Quæ in fraudem*.

(4) Furgole sur l'article précité de l'ord. de 1747.

(5) *Loc. cit.*

(6) N° 1100.

Article 1044.

Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné de part de chacun des colégataires dans la chose léguée.

Article 1045.

Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément.

SOMMAIRE.

2160. Quelles personnes profitent de la caducité du legs.
2161. Du droit d'accroissement en droit romain.
2162. Le droit d'accroissement est fondé sur la volonté du testateur.
2163. Des conjonctions du droit romain.
2164. De la conjonction *re tantum*.
2165. De la conjonction *re et verbis*.
2166. De la conjonction *verbis tantum*.
2167. Des lois Julia et Papia Poppæa, dites *Lois caducaires*.
2168. Abrogation de ces lois.
2169. Système admis par le Code Napoléon.
2170. Du droit d'accroissement résultant aujourd'hui de la conjonction *re et verbis*.
2171. De la conjonction *re tantum* sous le Code.
2172. Suite.

2173. La conjonction *re tantum* ne saurait produire aucun accroissement.

2174. Il faut toutefois distinguer si le testateur a fixé les parts à dessein, ou n'a fait qu'exprimer une conséquence du partage.

2175. Jurisprudence de la cour de cassation favorable au droit d'accroissement par conjonction.

2176. Jurisprudence contraire lorsqu'il est établi que le testateur a entendu assigner des parts.

2177. En cette matière, l'interprétation de la volonté du testateur domine toutes les questions.

2178. Résumé des conditions nécessaires pour que le droit d'accroissement puisse s'opérer.

2179. L'accroissement se fait à la chose et non à la personne.

2180. *Quid* de l'accroissement, si le légataire a vendu sa portion du legs?

2181. La portion vacante doit-elle accroître avec la charge qui l'affecte ou sans la charge ?

2182. Règles qui président au partage de l'accroissement.

2183. Du droit d'accroissement dans les legs d'usufruit.

2184. La part d'usufruit devenue vacante accroît aux légataires cousufruitiers.

2185. Dans les legs d'usufruit, l'accroissement se fait à la personne et non à la part.

2186. Le droit d'accroissement n'a lieu que dans les dispositions testamentaires.

2187. Du droit d'accroissement dans les institutions contractuelles.

2188. Différence, quant au droit d'accroissement, entre les dispositions testamentaires universelles et les legs particuliers.

2189. De certaines dispositions qui ne sont pas de leur nature susceptibles du droit d'accroissement.

2190. *Quid* du droit d'accroissement dans les legs de quantité?

2191. Le testateur peut prohiber le droit d'accroissement.

COMMENTAIRE.

2160. Après avoir parlé des principaux cas qui rendent un legs caduc, le Code explique à qui cette caducité doit profiter.

En thèse générale, s'il n'y a pas de légataire universel, la

caducité profite aux héritiers *ab intestat* (1). Sil y a un légataire universel, c'est à lui que revient le bénéfice de la caducité; car il est mis par la volonté du testateur à la place de ceux qui par la volonté de la loi sont appelés aux biens disponibles. Et il recueille l'avantage de cette caducité, quand même il y aurait des héritiers à réserve : ces derniers, en effet, n'ont de droit que sur la portion indisponible, et tout ce qui est étranger à cette portion accroît à ceux que le testateur a revêtus de l'universalité de ses droits (2).

Voilà la règle.

Mais le testateur peut la faire fléchir, la modifier et la diversifier; c'est cette volonté qu'il faut surtout interroger, afin de ne pas s'écarter de la distribution prescrite par ses dernières dispositions. Bien des combinaisons peuvent se présenter à l'esprit (3). Nous nous occuperons ici de la plus fréquente et de la plus considérable : elle a lieu lorsque le testateur ordonne soit explicitement, soit implicitement par une volonté spéciale, que la caducité tournera, non pas au profit des héritiers légitimes, ou du légataire, mais au profit de colégataires particuliers. Ce droit exceptionnel, fondé sur la volonté du défunt, est ce que l'on appelle en jurisprudence le droit d'accroissement.

Perezius le définit ainsi (4) : « *Jus per quod conjuncti in*

(1) Art. 786 du C. Nap.

(2) Ricard, part. 2, nº 501. Merlin, répert., vº *Légataire*, p. 755. *Supra*, nºs 1764, 1767, 1768. — Cela, du reste, a été nettement établi par un arrêt de la chambre des requêtes du 3 mars 1857 (*J. Pal.*, 1857, p. 550), et la cour de Caen a consacré la doctrine en décidant que si les conditions imposées à un legs particulier sont de nature à en entraîner la caducité, cette caducité ne peut profiter qu'au légataire universel, à titre d'accroissement, et que les tiers exclus par ces conditions sont inadmissibles à soutenir qu'elles doivent, dans leur intérêt, être considérées comme non écrites. Caen, 22 juin 1858 *J. Pal.*, 1859, p. 820).

(3) On peut voir un cas remarquable *infra*, nº 2356.

(4) *Prælect.*, *sur le Cod.*, *De caduc. toll.*, nº 9.

» *hæreditate, legato, vel mortis causa donatione, vacans portio* » *accedit seu cedit portioni occupatæ.* » Corvinus en donne une définition plus courte (1) : « *Est jus accrescendi jus quo* » *pars vacans cedit et accrescit parti occupatæ.* » Mais comme il n'est pas toujours vrai que la portion accroisse à la portion, ainsi qu'il arrive dans le legs d'usufruit, nous préférons cette définition de Mantica : « *Jus conjunctionis,* » *quo quis vacantem seu deficientem portionem consequi-* » *tur* (2). »

Balde a fait, du reste, une comparaison assez singulière du droit d'accroissement : « *ut si unius oculi pupilla clau-* » *datur, alterius oculi pupilla dilatetur, ita etiam quando de-* » *ficit unus conjunctorum, alter locupletatur* (3). »

2161. Le droit d'accroissement entre cohéritiers conjoints et colégataires paraît être aussi ancien que les testaments mêmes. Quelques auteurs, peu versés dans l'histoire du droit romain, ont cru qu'il avait été introduit par les lois caducaires (L. *Julia et Papia Poppæa*). Mais les témoignagnes les plus ponctuels (4) prouvent que le droit d'accroissement existait bien avant la loi Papia. Cette loi, en effet, se borne à le modifier, en attribuant dans certains cas au fisc ce qui dans l'ancien droit devait accroître aux conjoints. Suivant Heineccius (5), il faudrait même en rapporter l'origine à la loi des Douze Tables qui renferme ce texte (6) : « *Ast si in-*

(1) *Eod. titulo.*

(2) L. 10, t. III, n° 14. *De conj. ult. vol.*

(3) Sur la l. 1, C., *De caduc. toll.*, § 1, n° 6.

(4) « ... *Si vero conjunctim, velut Titio et Seio hominem stichum do* » *lego, jure civili concursu partes fiebant, non concurrente altero pars ejus* » *alteri adcrescebat ; sed post legem Papiam non capientis pars caduca fit.* » (Ulpien, *fragm.* 24, § 12.) *Junge* Heineccius, *ad leg. Jul. et Papiam*, l. 3, ch. 9, § 1. Voët, *De legat.*, n° 79. Furgole, ch. 9, n°s 5 et suiv.

(5) *Ad leg. Jul. et Papiam*, l. 3, ch. 9, § 2. *Junge* Bynkershoek, *Observ.* 2, 3.

(6) *Lex duod. tabul. Tabula quintà.*

» *testatus moriatur, cui suus hæres nec escit, agnatus proxi-* » *mus familiam habeto.* » Les prudents conclurent de là, par un argument *a contrario*, que si quelqu'un décédait avec un testament, on ne pouvait pas admettre à sa succession les héritiers légitimes, et ils posèrent cette règle du droit antique, à savoir, qu'il n'était pas permis de décéder partie *testat*, partie *intestat*. Or, le droit d'accroissement devait dériver nécessairement de ce principe, puisque la conséquence en était que la portion vacante dans une héridité testamentaire ne pouvait profiter qu'au cohéritier institué par le testament.

Par la suite on arriva à étendre aux legs cette règle qui ne s'appliquait, d'abord, qu'aux hérédités. Les prudents supposèrent, par analogie, que lorsque le testateur avait légué une même chose à plusieurs colégataires, il avait préféré ces colégataires à ses héritiers dans cette chose ; de même que lorsqu'il avait institué plusieurs héritiers, il était censé avoir voulu les préférer à ses successeurs légitimes. Dès lors le légataire se trouva appelé à profiter de l'accroissement *jure conjunctionis* (1).

2162. Il résulte de ces dernières observations que le droit d'accroissement est fondé sur la volonté présumée, mais nécessaire du testateur ; et Mantica a eu raison de dire (2) avec tous les auteurs : *Scribit Decius jus accrescendi introductum fuisse ex conjecturata mente testatoris.* Les prudents, en portant leur esprit d'investigation sur la dernière volonté du disposant, ont pensé, avec raison, ainsi que nous le disions au numéro précédent, que le testateur ayant appelé plusieurs personnes à une même libéralité, avait préféré chaque

(1) Heineccius, *loc. cit.* : « *Conjunctim autem hæredes institui, vel con-* » *junctim legari est totam hæreditatem vel tota legata singulis data esse,* » *partesque concursu fieri.* » (Celsus, l. 80, D., *De legat.*, 3°.)

(2) *De conj. ult. vol.*, l. 4, t. XII, n° 7.

légataire en particulier par rapport à la chose léguée *in solidum* (1), et partant de là ils ont posé des règles, dont les articles que nous analysons sont l'expression la plus récente et la plus parfaite.

Toutefois, M. Holtius (2) a pensé que le droit d'accroissement ne peut être considéré comme ayant pour base la volonté du testateur. Selon lui, une telle théorie est incompatible avec la nature du legs, et la principale raison qu'il donne, c'est que, comme l'enseigne Ulpien (3), le legs prend sa source dans la rigueur du droit civil, et n'est point, comme le fideicommis, régi par la nue volonté du testateur.

Cette objection ne nous semble avoir aucune valeur. Nous savons bien que le legs est une disposition d'origine purement civile, qu'il a sa racine dans la loi des Douze Tables, tandis que le fidéicommis a été une innovation de l'équité et une conquête de la libre volonté des hommes. Mais il ne résulte pas de là que l'interprétation des prudents n'a pas eu le plus vaste champ pour rechercher et préciser le sens des dispositions faites sous la forme de legs. L'interprétation des prudents est une des sources les plus riches du droit civil romain. Elle a étendu le cercle de la loi des Douze Tables; elle a développé et suppléé le droit par les plus précieuses innovations. Or, dans la matière des legs, quel a dû être l'objet essentiel de l'œuvre des prudents, si ce n'est la volonté du testateur, son expression légitime et sa signification incontestable? Ceci ne veut pas dire que toute volonté, quelle qu'en soit la formule, a dû être une autorité pour les interprètes du droit civil. Dans les testaments, plus encore que dans les autres matières de la jurisprudence, la solennité est une condition essentielle de validité. Mais la forme

(1) Furgole, *loc. cit.*, no 6 *in fine*.

(2) *Observ. sur le droit d'accroissement* (Thémis, IX, p. 235).

(3) *Reg.*, t. XXV, § 1.

solennelle étant observée, reste toujours la question de volonté qui a une si grande place dans les testaments, et les prudents ont eu la mission de la constater par les procédés de leur puissante logique. De là, leurs préceptes, leurs formules, leurs réponses; de là, ces règles quelquefois si sévères (1), quelquefois si sensées, qui abondent dans le Digeste, et qui, en tenant compte des volontés précises du droit (2), s'attachent aussi à la volonté du testateur, pour la mettre dans son véritable jour (3).

Au surplus, après avoir contesté avec nos réserves l'opinion de M. Holtius, nous ferons remarquer qu'au point de vue du Code Napoléon, il est incontestable que le droit d'accroissement est fondé sur la volonté du testateur.

2163. Puisque le droit d'accroissement dérive d'une conjonction établie par le testateur, il faut voir dans quel cas un legs est fait conjointement.

Dans le droit romain antérieur à Auguste, il y avait trois manières de conjoindre deux légataires : « *re tantum, re et* » *verbis, verbis tantum* (4). »

2164. La conjonction *re tantum*, aussi nommée disjonc-

(1) La règle de Caton, par exemple.

(2) Gaïus, l. 16, D., *De cond. et demonst.*

(3) Marcellus : « *Non aliter a significatione verborum recedi oportet,* » *quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.* » (L. 69, D., *De legat.*, 30.)

Le même Marcellus : « *Quum in testamento ambigue aut etiam perperam* » *scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est cogi-* » *tatum credendum est.* » (L. 24, D., *De rebus dubiis.*)

Paul : « *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti volun-* » *tatis quæstio.* » (L. 25, D., *De legat.*, 30.)

Le même Paul : « *In testamentis plenius voluntates testantium interpre-* » *tantur.* » (L. 12, D., *De divers. regul. juris antiqui.*)

(4) Paul : « *Triplici modo conjunctio intelligitur; aut enim re per se con-* » *junctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum.* » (L. 142, D., *De verb. signif.*)

tion (1), avait lieu quand deux individus étaient appelés au même legs par deux dispositions séparées : « *Titio fundum* » *tusculanum do lego; Mævio eumdem fundum tusculanum do* » *lego.* » On voit par cette formule que bien que les colégataires soient appelés par des phrases différentes (ce qui fait qu'on les nomme quelquefois *Disjuncti*) (2), ils sont unis par le lien que produit l'identité de la chose léguée.

Quand cette conjonction avait été faite dans un legs de vendication, et que l'un des appelés ne recueillait pas, la portion vacante accroissait à l'autre (3) : c'est ce que les interprètes ont appelé *jus non decrescendi*, qualification qui n'est pas classique (car elle ne se trouve pas dans les livres du droit romain) (4), mais qui a une énergie qui l'a fait maintenir dans le langage de la jurisprudence.

Si cette conjonction avait été faite dans un legs *per damnationem*, il n'y avait pas lieu au droit d'accroissement, puisque l'un des légataires avait la chose et l'autre l'estimation. Par exemple : *Hæres meus Stichum servum meum Mævio dare damnas esto; eumdem Stichum Titio dare damnas esto.*

2165. La conjonction *re et verbis* avait lieu lorsque par la même disposition deux personnes étaient appelées à la même chose. « *Titio et Mævio fundum cornelianum do lego.* »

Si le legs était fait par vendication, le droit d'accroissement découlait de cette formule conjonctive (5), et, en effet, il est clair que la chose avait été léguée solidairement,

(1) Gaïus, *comm.* 2, § 199.

(2) Gaïus, *loc. cit.* Just., *De legat.*, § 8. Ulpien, l. 1, § 3, *De usuf. accresc.* Heineccius, *loc. cit.* Furgole, *loc. cit.*, n° 14. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 358, n°s 415 et suiv.

(3) Pothier, *Pand.*, *loc. cit.* Caïus, *loc. cit.*

(4) Furgole, *loc. cit.*, n° 13.

(5) Gaïus, *loc. cit.*

qu'elle n'était divisible que par le concours de tous les appelés, et que si l'un des appelés manquait, la solidarité restait (1); c'est ce que l'on appelle proprement *jus accrescendi* d'après les textes du droit classique (2).

Mais dans le legs de damnation, la conjonction *re et verbis* ne donnait pas lieu au droit d'accroissement; chacun ne pouvait prendre que sa part virile : si l'un des colégataires faisait défaut, c'était l'hérédité qui profitait (3).

2166. La conjonction *verbis tantum* se faisait lorsque le testateur appelait plusieurs personnes à la même chose, en marquant à chacune la part qu'elle devait avoir : « *Titio et* » *Mævio fundum tusculanum do lego æquis partibus.* »

Il n'y avait de conjonction dans une pareille disposition que par les mots. Il n'y en avait pas en réalité dans la chose. Cette chose était divisée par le testament même qui avait fixé les parts. C'est ce qui faisait dire à Paul (4) : *Semper partes habent legatarii.* Or, puisqu'il n'y avait pas de conjonction, il n'y avait pas d'accroissement. C'est ce que Cujas (5) avait parfaitement aperçu, malgré l'erreur d'autres interprètes (6) qui, trompés par un texte de Paul (7) détourné de son sens naturel, avaient cru que la conjonction *verbis tantum* produisait l'accroissement. La découverte des Insti-

(1) « ... *In solidum habuerant; concursu res divisa est.* » (Ulpien, l. 3 *in princ.*, D., *De usuf. accresc.*)

(2) *Vaticani Fragm.*, §§ 85 et 87. Potier. *Pand.*, t. II, p. 358, nos 419 et suiv.

(3) « ... *Jus accrescendi cessat; non immerito quoniam damnatio partes* » *fait.* » (*Vaticani Fragm., loc. cit.*) Caïus, *comm.* 2, § 205.

(4) L. 89, D., *De legat.*, 3°.

(5) Sur la l. 16, D., *De legat.*, 1°.

(6) Doneau, *Comm.*, l. 7, ch. 3. Vinnius, *Instit.*, *De legat.*, § 8. Corvinus sur *le Cod.*, *De cad. tollendis.* Duaren, *Tractatus de jure accresc.*, lib. 1, cap. 10. Menochius, *Præsumpt.*, lib. 4, *præs.* 159. Perezius, *Prælect. sur le Cod.*, *De cad. tollend.*, no 13.

(7) L. 89, D., *De legat.*, 3°. *Infra*, no 2182.

tutes de Caïus a prouvé que Cujas ne s'était pas trompé. Ce précieux document, en effet, exclut par prétérition l'accroissement résultant de la conjonction *verbis tantum*. Quand Caïus parle des causes d'accroissement, il ne signale que la conjonction *re et verbis* et la conjonction *re tantum* comme produisant cet effet dans les legs. Il garde sur la conjonction *verbis tantum* un silence qui s'explique par la nature de cette conjonction, laquelle ne rapprochant les colégataires par les mots que pour les séparer par la fixation de leur part, est exclusive de tout accroissement (1).

2167. Tel était l'état des choses résultant du droit civil avant Auguste. Ce prince le modifia.

On sait que la politique d'Auguste avait entrepris une grande réforme de la société romaine viciée par l'amour du célibat et le désordre des mœurs. Entre autres moyens employés par lui furent les célèbres lois Julia et Papia Poppæa qui, dans le but de décourager le célibat, voulurent que ceux qui n'étaient pas mariés ne pussent rien recevoir par le testament des étrangers (2), prenant ainsi les Romains par leur côté faible, l'avarice. Ces lois allèrent plus loin, et par faveur pour les unions fécondes elles décidèrent que ceux qui étant mariés n'avaient pas d'enfants (*orbi*), ne recevraient que la moitié de la disposition (3). On donna le nom de caduques (*cadere*) à ces dispositions qui, quoique valables par le droit civil, tombaient en vertu des lois Julia et Papia (4).

(1) Caïus, *comm.* 2, § 199.

(2) Caïus, *comm.* 2, § 286 : « *Cœlibes quoque, qui per legem Juliam hæreditates legataque capere prohibentur...* » Heineccius, l. 2, ch. 21, *ad cap.* 36, *De pœn. cœlib.*, nos 1 et 2. Voy. mon *Influence du christianisme*, ch. 3, *Du mariage*, p. 171 et suiv.

(3) Caïus, *loc. cit.* : « ... *Item orbi qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes hæreditatum legatorumque perdunt* .. » Heineccius, *loc. cit.*, *ad cap.* 37, nos 1 et 3. Mon *Influence du christianisme, loc. cit.*

(4) « ... *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere pos-*

Mais qui devait profiter ces caducités? Longtemps il y a eu des nuages sur cette partie des lois d'Auguste; mais les Institutes de Caïus les ont dissipés. Ce jurisconsulte nous apprend, en effet (1), que, par la loi Papia, la portion des célibataires et des *orbi* devait appartenir aux personnes nommées dans le testament et ayant des enfants : « *Post legem* » *vero Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet* » *qui in eo testamento liberos habent.* » Et voici dans quel ordre la loi Papia appelait les pères (*patres*) inscrits dans le testament à réclamer les *caduca* (2).

En première ligne, la loi Papia plaçait les colégataires conjoints qui avaient des enfants; ils étaient préférés aux héritiers, quand même ces derniers en auraient eu aussi.

En deuxième ligne, et à défaut de colégataires conjoints ayant des enfants, venaient les héritiers pères.

En troisième ligne, et à défaut d'héritiers pères, c'était à tout légataire ayant des enfants qu'il appartenait de réclamer les *caduca*.

Enfin, à défaut des pères, les caduques allaient au peuple romain (3), ou pour mieux dire au fisc, toujours insatiable pour représenter le peuple romain quand il avait des avantages à recueillir.

Ce n'est pas tout : la loi Papia Poppæa traita comme caduques les dispositions faites à toutes personnes qui, d'après les causes ordinaires du droit civil, ne pouvaient les recueillir. Supposons qu'une personne capable fût gratifiée d'un legs et qu'elle mourût sans avoir pu le recueillir, cette dis-

» *sit. aliqua ex causa non ceperit caducum appellatur, veluti ceciderit ab* » *eo.* » (Ulpien, *Fragm.*, *De cad.*, § 1.)

(1) *Comm.* 2, § 206.

(2) Caïus, *comm.*, 2, § 207.

(3) Mon *Influence du christian.*, p. 173, 174. Tacite, ann. 111, 28. Caïus, *comm.*, 2, § 286 : « *Aut si nullos liberos habebunt, ad populum* (*translata* » *sunt*), *sicuti juris est in legatis et in hæreditatibus.* »

position était caduque d'après la loi Papia Poppæa (1), et les règles de l'ancien droit civil sur le sort de la partie vacante étaient remplacées par le nouveau droit formulé par Auguste et que nous venons de résumer (2).

On voit que, dans ces diverses classes d'appelés, les pères conjoints jouaient le premier rôle. Là se retrouvait, par conséquent, le système de conjonction résumé dans les trois formules dont nous parlions tout à l'heure. Il ne paraît pas que les lois d'Auguste y aient porté atteinte (3). Caïus nous signale cependant une grave innovation (4) : c'est que pour l'application de la loi Papia en faveur des conjoints, on ne faisait pas de différence entre le legs de vendication et le legs de damnation.

Sous Caracalla il se fit un autre changement, et le fisc, qui ne trouvait pas sa part assez large, remplaça les pères et devint seul héritier des caduques (5). Il les recueillit non pas par droit d'accroissement, mais *ex lege* (6). Tout le système des conjonctions devint dès lors sans application à la matière des legs et même des fidéicommis, qu'on y avait assimilés pour ne rien perdre (7).

2168. Ces choses durèrent jusqu'à Constantin. Jusqu'à ce prince les lois caducaires furent un sujet de tracasseries et d'inquisitions pour les citoyens romains qui les détestaient,

(1) Caïus, *comm.* 2, § 206, 286.

(2) Caïus, *loc. cit.*

(3) M. Holtius, *loc. cit.*, a cru qu'elles l'avaient changé sur le fondement de la loi de Paul, 89, D., *De legatis*, 3°. Mais nous n'entendons pas cette loi comme M. Holtius; nous la prenons dans le sens que Cujas lui a donné. Voy. *infra*, n° 2182.

(4) *Comm.* 2, § 208.

(5) Ulpien, *reg.* 17, § 2 : « *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini* » *omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et pa-* » *rentibus.* »

(6) Ulpien, *reg.* 19, § 17. Ortolan, *Instit.*, t. II, p. 510.

(7) Caïus, *comm.* 2, § 286.

et qui cherchèrent sans cesse à les éluder par les fraudes et malgré les délateurs (1). Mais la politique des Césars, qui avait fait établir ces lois, était trop éloignée des voies du christianisme, pour survivre à la révolution qui mit sur le trône la religion de Jésus-Christ (2). Constantin les ébranla dans leur côté politique et moral, en abolissant les peines prononcées contre les célibataires (3). Il n'en resta que la partie fiscale, et l'on voit dans le Code Théodosien de combien de dilapidations, d'inquisitions et de corruptions, cette triste ressource du fisc était l'objet (4).

Justinien abrogea complétement les derniers débris de ce monument décrié et odieux élevé par la politique des empereurs païens. Pour ne parler que du droit d'accroissement, ce prince se trouva naturellement ramené au système qui avait été en vigueur avant Auguste, et dont Caïus nous a donné l'exposé, à savoir, l'accroissement entre colégataires et fédéicommissaires, par suite de la conjonction *re et verbis*, ou par l'effet de la conjonction *re tantùm*. Seulement, Justinien, imitant en cela la loi Papia, effaça l'ancienne différence entre le legs de vendication et le legs de damnation (5), et il voulut que, quelle que fût la forme du legs, la portion vacante accrût à celui qui était conjoint *re tantùm* ou *re et verbis* (6).

(1) Mon *Influence du christian.*, p. 175. Tacite, *annal.* 3, 28. Justinien, l. 1, D., *De cad. tollend.* L. 5, Cod. Theodos., *De bonis vacant.* (Théodose le Jeune).

(2) *Influence du christian.*, p. 177.

(3) L. 1, Cod. Theodos., *de inf. pœnis cœlib. et orbit.* Voy. Cod. Justin. *eod. titulo.*

(4) Voy. le titre *De bonis vacant.*, et le titre *De incorporatione*. Voy. le commentaire de Godefroy sur la loi 2, Cod. Theod., *Si petitionis socius*, etc.

(5) *Institut.*, *De legat.*, § 2. L. *unic.*, § 11, C., *De cad. tollend.*

(6) *Institut.*, *De legat.*, § 8.

Quant au conjoint *verbis tantum*, Justinien garde un silence semblable à celui qu'avait gardé Caïus. La raison en est que, d'après ce que nous avons dit (1), cette conjonction par les mots et non par la chose, par le discours et non par la pensée, ne produisait pas d'accroissement.

Tel était le dernier état de la jurisprudence romaine sur le droit d'accroissement. Il était suivi, tant en pays de droit écrit qu'en pays de droit coutumier (2), parce qu'il reposait sur de bonnes règles de logique et sur une interprétation raisonnable de la volonté du testateur.

2169. Le Code Napoléon a jugé pourtant que si le fond de cette jurisprudence était bon, il y avait quelques perfectionnements à y introduire. En conséquence, il a conservé dans leur pureté les règles de la conjonction *re et verbis*. Mais il a modifié, à certains égards les notions données par le droit romain sur la conjonction *re tantum*.

2170. Et d'abord, en ce qui concerne la conjonction *re et verbis*, voici le texte de l'art. 1044.

« Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera » par une seule et même disposition, et que le testateur » n'aura pas assigné la part de chacun des légataires dans » la chose léguée. » C'est bien là la conjonction *re et verbis*, c'est-à-dire la conjonction qui se trouve dans le discours et dans la chose.

Le droit d'accroissement qui a lieu dans ce cas repose évidemment sur la volonté du testateur (3) qui a voulu que la chose fût donnée solidairement aux deux légataires. Car il est permis au disposant de conjoindre les légataires par un lien de solidarité, tout aussi bien que les héritiers qu'il institue. « *Conjunctim hæredes institui, aut conjunctim legari;*

(1) *Supra*, nº 2166.
(2) Ricard, *Donat.*, part. 3, ch. 4.
(3) Voy. nº 2162.

» *hoc est totam hæreditatem et tota legata singulis data esse;* » *partes autem concursu fieri* (1). » C'est cette idée que développe Ricard dans la paraphrase suivante (2) :

« L'accroissement peut seulement avoir son effet lors-
» qu'une même chose a été léguée à deux ou plusieurs in-
» divisément et solidairement, et que le partage et la divi-
» sion ne s'en doivent faire que par le concours des colé-
» gataires, c'est-à-dire par l'appréhension de leur part en la
» chose léguée, de sorte que s'ils concourent tous, comme
» par le concours la solidité est ôtée et le partage fait, le
» droit d'accroissement n'a pas lieu; mais si l'un des colé-
» gataires ne vient pas prendre sa part, la division ne se fait
» pas et la solidité demeure à ceux qui recueillent le legs,
» qui est ce que nous appelons droit d'accroissement. »

2171. Quant au droit d'accroissement résultant de la conjonction *re tantum*, le Code a modifié sur ce point les règles anciennement suivies. Il porte, en effet, article 1045 :

« Il sera encore réputé fait coinjointement, quand une
» chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détério-
» ration aura été donnée par le même acte à plusieurs per-
» sonnes même séparément. »

C'est bien là la conjonction *re tantum* qui unit les deux colégataires par la chose, quoiqu'ils soient séparés par les paroles; mais notre article, pour porter au plus haut degré de certitude les présomptions découlant de la disposition testamentaire, veut qu'une telle conjonction ne produise le droit d'accroissement que lorsque la chose n'est pas susceptible d'être divisée. La volonté d'opérer l'accroissement se fortifie, en effet, considérablement de ce que la circonstance de l'indivisibilité de la chose est jointe à la conjonc-

(1) Celsus, l. 80, D., *De legat.*, 3°.
(2) *Loc. cit.*, n° 445.

tion *re tantum*. En cela, le Code est plus exigeant que l'ancien droit, sous l'empire duquel les auteurs avaient soin de faire remarquer que le droit d'accroissement était indépendant du plus ou moins de facilité de partager la chose léguée.

2172. Le Code impose encore une autre condition pour que la conjonction *re tantum* produise le droit d'accroissement : c'est que les deux dispositions séparées soient contenues dans le même acte.

D'après le droit romain, si la disposition qui appelle deux personnes à une même chose se trouvait dans des actes différents, pourvu qu'ils ne fussent pas incompatibles (comme un testament et un codicille), le droit d'accroissement avait lieu. Mais c'était peut-être se montrer trop facile et accorder à l'interprétation de la volonté présumée du testateur des effets trop étendus. Le Code Napoléon n'a pas voulu exposer les dernières volontés à des conjectures hasardées. Quoique se plaçant ici dans le domaine des présomptions, il veut approcher autant que possible de la certitude, et, pour mieux écarter toutes les chances d'erreur, il ne consent à voir une véritable conjonction dans l'espèce que lorsque les deux dispositions sont renfermées dans le même acte.

2173. Quant à la conjonction *verbis tantum*, elle ne peut pas plus produire d'effet qu'elle n'en produisait dans le droit romain. La deuxième partie de notre article le déclare par ces mots : « Lorsque le testateur n'a pas assigné la part de » chacun des légataires dans la chose léguée. » D'où il suit *a contrario* que lorsque le testateur a assigné les parts, l'accroissement ne peut avoir lieu ; l'assignation des parts, en effet, exclut la solidarité, et chacun des légataires doit rester dans la part qui lui a été faite. S'il en était autrement, il aurait plus que sa part, et la volonté du testateur serait violée. A la vérité, il y a conjonction par les paroles ; mais cette conjonction n'est que dans les mots ; elle n'est pas dans la

disposition, et c'est avec raison qu'elle est appelée *verbis tantum*.

Par exemple, Titius lègue une ferme à Primus et à Secundus, pour que celui-là en ait les trois quarts et celui-ci un quart. Comment serait-il possible que dans le cas où Secundus ne recueillerait pas sa part, elle profitât à Primus? Primus peut-il avoir dans la chose au delà des trois quarts qui lui ont été assignés?

2174. Mais il faudrait bien se garder de voir une assignation de parts dans les énonciations dont le testateur se serait servi pour exprimer tout simplement les conséquences du partage à intervenir dans les termes du droit entre les légataires, sans avoir la pensée de fixer des parts déterminées (1).

« Caïus donne à Primus, Secundus et Tertius, son fonds » Cornélien pour en jouir par égales portions. » Il n'y a pas là assignation de part dans le sens de notre article. Caïus n'a pas fait autre chose que signaler les effets naturels du partage entre les légataires, ou pour parler comme Cujas :

« *Tunc testator videtur partes adscripsisse demonstrandi* » *causa, ut scilicet intelligatur quæ partes fieri debeant per* » *concursum, illa adscriptio* (ÆQUIS PARTIBUS) *tunc demons-* » *tratio quædam est* (2). »

Il faut donc faire une grande différence entre le cas où le testateur a fixé les parts à dessein, et celui où il n'a fait qu'exprimer une conséquence du partage : « *Videlicet si,* » *data opera, eos conjunxit : non etiam ut compendium* » *orationi afferret* (3). »

Supposons, dans l'exemple cité, que Tertius décède avant le testateur, Primus et Secundus, en recueillant le legs à eux deux au lieu de le partager entre trois, ne le posséderont

(1) *Infra*, nos 2182.
(2) Cujas sur la l. 16, D., *De legat.*, 1°.
(3) Cujas, *loc. cit.*

pas moins par égales portions, et l'intention du testateur ne sera pas trompée; il y aura conformité entre son précepte et l'exécution de ce précepte. En un mot, la clause du testament n'est que l'énonciation de ce concours de fait dont parle la loi 80, D., *De legat.*, 3°, que nous avons citée et qui n'empêche pas la conjonction et la solidarité : « *Partes autem concursu fieri.* »

2175. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de cassation par arrêt du 18 décembre 1832 (1), arrêt dont je crois nécessaire de donner l'espèce, parce qu'il n'a pas été bien compris par tous ceux qui l'ont cité.

Un sieur Couillard avait déclaré par une disposition conjonctive léguer une de ses fermes aux enfants de ses trois sœurs Marguerite, Marie-Louise et Françoise Couillard : ce legs était suivi de la clause suivante : « Quant à la propriété » de ladite ferme, il en sera fait trois lots et partage par » égales portions entre mes légataires, neveux et nièces ci- » dessus nommés, formant trois branches, pour en revenir » en toute propriété et jouissance un tiers à chacune des- » dites branches. »

La fille de Marie-Françoise Couillard, qui formait à elle seule l'une des trois branches auxquelles avait été légué le domaine dont il s'agit, décéda avant le testateur, de telle sorte qu'au moment de l'ouverture de la succession les trois branches se trouvent réduites à deux.

Sur la demande en délivrance de la totalité du legs formée par les deux branches, la légataire universelle prétendit que le prédécès de la fille de Marie-Françoise Couillard avait eu pour effet de faire rentrer la part de celle-ci, c'est-à-dire le tiers, dans le legs universel, et que, par conséquent, elle ne devait délivrer que les deux tiers du domaine légué à titre particulier.

(1) Devill., 33, 1, 36.

La cour de Rouen, par arrêt du 17 mars 1830 (1), accueillit ce moyen, en décidant qu'il y avait eu dans l'espèce une assignation spéciale de parts qui empêchait, aux termes de l'art. 1044, les deux branches de profiter de la caducité du legs fait à la fille de Marie-Françoise Couillard.

Sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt, la cour de cassation (2) se prononça en ces termes :

« Attendu que le sieur Couillard, en léguant le domaine de Quincampoix à trois branches de ses successibles, l'a fait par une seule disposition conjonctive, que le testateur n'a ni dénaturée, ni altérée, en voulant, par une disposition séparée, et qui suit immédiatement (ainsi que l'a reconnu l'arrêt attaqué), qu'il fût fait de ce domaine trois lots et partage par égales portions... pour en revenir en toute propriété et jouissance un tiers à chacune desdites branches; que ces expressions, qui ne se réfèrent qu'à l'exécution du legs, n'annoncent pas que le testateur ait fait des parts et assigné une quote déterminée à chacun des légataires du domaine de Quincampoix, mais qu'en leur léguant en commun, il a voulu seulement qu'il fût partagé également entre elles, par branches et non par têtes : d'où il s'ensuit que, dans l'espèce, il y avait lieu à accroissement au profit des légataires dudit domaine, et qu'en décidant le contraire, l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'art. 1044 du Code civil, et violé l'art. 1039 du même Code; — casse, etc. (3).

On ne comprend pas qu'une décision si simple et si juste ait été un sujet de discussion entre les interprètes, et qu'elle ait servi à bâtir des systèmes sur les conjonctions (4). Cet

(1) Devill., 33, 1, 36.

(2) 18 décembre 1832 (Devill., 33, 1, 36).

(3) Le 22 juin 1833 (Devill., 33, 2, 337), la cour de Paris, à laquelle l'affaire fut renvoyée, rendit un arrêt conforme à la décision de la cour de cassation.

(4) Merlin, Répert., v° *Accroissement*, n° 2. Toullier, t. V, n° 691. Fa-

arrêt n'a pas d'autre portée que celle-ci : il décide que l'intention du testateur n'a pas été d'assigner des parts, mais qu'il a seulement voulu que le partage se fît par souche et non par tête. Il est tout à fait conforme à la doctrine de Cujas (1), et l'on peut le rapprocher de deux arrêts de cassation des 19 octobre 1808 et 14 mars 1815, que nous avons cités ci-dessus (2), et avec lesquels il a de la conformité sur quelques points.

2176. Mais quand il résulte des circonstances que le testateur a voulu assigner des parts et non indiquer un simple fait d'exécution, il faut alors repousser l'accroissement. C'est le cas de dire avec Paul : « *Titio et Seio fundum, æquis* » *partibus, do lego : quoniam semper partes habent legatarii* (3).

Et c'est aussi ce qu'a fait la cour de cassation dans l'espèce suivante :

Le sieur Gaye avait disposé ainsi par testament au profit de deux de ses cousins : « Je donne et lègue aux sieurs » Martin Rollin, mes cousins, la somme de 3,000 francs à » diviser entre eux par portions égales. »

Au décès du testateur, l'un des frères Rollin avait cessé d'exister, l'autre prétendit, par suite, pouvoir réclamer la totalité du legs de 3,000 francs, la part de son frère prédécédé devant lui profiter par droit d'accroissement.

Sur cette prétention combattue par le légataire universel, la cour de Toulouse rendit, le 31 juillet 1828, l'arrêt suivant (4) :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1044 du Code civil,

vard, v° *Testament*, sect. 3, § 3, n° 3. MM. Duranton, t. IX, n°s 504 et suiv. Bayle-Mouillard *sur Grenier*, n° 350, note *B*. Voy., d'autre part, M. Proudhon (*De l'usufruit*, n° 705), qui les combat, mais qui combat dans le vide.

(1) *Supra*, n° 2166.

(2) *Supra*, n° 1769, et *infra*, n° 2190.

(3) L. 89, D., *De legat.*, 3°.

(4) Devill., 9, 1, 131.

» il y a lieu à accroissement au profit des légataires si le legs » est fait par une seule disposition, sans que le testateur ait » désigné la part de chacun des légataires, dans la chose lé- » guée ; attendu que, dans l'espèce, le legs de 3,000 francs » a bien été fait par une seule disposition aux deux léga- » taires, mais qu'il résulte de la clause du testament, non- » seulement que le testateur, dans sa pensée, n'entendait » léguer à chacun d'eux que la somme de 1,500 frans, mais » encore qu'il a assigné la part de chacun d'eux dans le legs ; » que dès lors il n'y a pas lieu à accroissement, etc... »

On se pourvut contre cet arrêt ; mais la cour de cassation rejeta le pourvoi par les motifs suivants (1).

« Attendu que la cour royale de Toulouse en déclarant, » par son arrêt, qu'il résultait évidemment du testament du » sieur Gaye, non-seulement que le testateur, dans sa pensée, » n'avait entendu léguer à chacun de ses cousins (les frères » Rollin) que la somme de quinze cents francs, mais encore » qu'il avait assigné la part de chacun d'eux dans le legs, et » par suite, en décidant, en droit, qu'il n'y avait lieu à ac- » croissement au profit du demandeur, n'a ni posé un fait » qui soit contraire à ce qui est écrit dans le testament, ni » tiré une conséquence de droit qui soit contraire à l'article » 1044 du Code Napoléon ; rejette, etc. »

2177. On voit que l'interprétation de la volonté joue un grand rôle dans tout ceci, et il ne faut pas s'en étonner, puisque l'accroissement repose principalement sur la volonté du testateur.

Inutile de faire remarquer, du reste, que, s'agissant de dispositions testamentaires, la cour de cassation a le droit de pénétrer dans l'appréciation des termes du testament,

(1) 19 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 431). — *Junge* Req. 19 février 1861 (Devill., 61, 1, 421).

pour redresser des erreurs qui pourraient porter atteinte à la volonté des mourants placée sous l'égide du droit public et de la loi (1).

2178. Résumons maintenant les circonstances qui doivent concourir pour que le droit d'accroissement puisse exister :

1° La disposition doit être de la même chose ;

2° Elle doit être faite à deux ou plusieurs personnes ;

3° Il faut que ces pesonnes soient conjointes et appelées à la totalité, et que, dans le cas de conjonction *re tantum*, la chose ne soit pas susceptible de division ;

4° Il faut encore que la disposition qui appelle plusieurs se trouve dans le même acte (2);

5° Enfin, l'un des appelés doit recueillir la disposition, et l'autre doit être dans l'impossibilité d'y prendre part.

Quand toutes ces circonstances concourent, il y a lieu au droit d'accroissement.

2179. L'accroissement ne se fait pas à la personne ; il se fait à la chose, c'est-à-dire que la portion vacante accroît à la portion recueillie. *Portio fundi velut alluvio portioni accrescit* (3). D'où l'on a fait l'adage de droit : « *Portio portioni accrescit, non personæ.* » C'est pourquoi le droit d'accroissement passe à l'héritier de celui qui a recueilli ; car la portion vacante va chercher l'autre, dans quelques mains qu'elle se trouve (4).

Nous dirons, par le même motif, que le substitué vulgaire peut profiter du droit d'accroissement.

(1) Ce pouvoir a été contesté à la cour de cassation par M. Sirey, à l'occasion de l'arrêt de cassation du 19 janvier 1830 (*loc. cit.*). C'était là, selon lui, une question de fait qu'il n'appartenait pas à cette cour de décider. *Junge* M. Coin-Delisle, n° 7, sur l'article 1044.

(2) *Supra*, n° 2172.

(3) Papinien, l. 33 *in fine*, D., *De usuf. et quemadmod.*

(4) Julien, l. 26, § 1, D., *De condit.*, etc. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 360, n° 426. Cujas, *Observ.*, l. 12, cap. 13.

2180. Mais si le légataire a vendu sa portion du legs, le droit d'accroissement doit-il avoir lieu en faveur du vendeur ou de l'acheteur ?

Bartole (1) et Duaren (2) soutiennent que l'acheteur doit profiter du droit d'accroissement, parce que la loi compare l'accroissement à l'alluvion, lequel ne peut avoir lieu qu'en faveur de celui qui possède. C'est aussi l'avis de Furgole (3).

L'opinion contraire compte de plus nombreux partisans ; à leur tête se présente Cujas (4) qui soutient que le légataire qui a vendu n'a pas perdu sa portion, puisqu'il est censé la posséder au moyen du prix qu'il a en main.

Ricard (5) et Vinnius (6) usent d'une distinction qui rentre tout à fait dans l'avis de Cujas. En effet, Vinnius, après avoir montré que le droit d'accroissement ne peut avoir lieu qu'entre cohéritiers, examine si cependant l'acquéreur d'une portion héréditaire peut forcer *ex empto* le vendeur à lui donner les biens qui lui accroissent *jure accrescendi*, et il s'attache d'abord à examiner quelle a été la volonté des parties. S'il résulte que l'intention des contractants a été que l'acquéreur profitât de l'avantage de l'accroissement, par exemple si l'héritier avait vendu avec la portion héréditaire tous les droits qu'il avait et pouvait avoir dans la succession, nul doute que le bénéfice de l'accroissement ne passe à l'acheteur. Mais si cela ne résulte pas, ajoute Vinnius, il ne faut pas le supposer. Comment croire qu'il a été dans l'intention des parties de stipuler d'une chose qu'elles

(1) Sur la l. *Re conjuncti*, 89, D., *De legat.*, 3°.

(2) *Tract. de jure accresc.*, l. 2, ch. 6.

(3) Ch. 9, n° 94.

(4) *Loc. cit. Junge, Tract. ad S.-C. treb.*, cap. 44. Voy. Ulpien, l. 83, D., *De acq. vel. amit. hæred.* Ulpien, l. 4, § 3. D., *Si quis omis. causa test.*

(5) Part. 3, n° 513.

(6) *Select. juris quæst.*, lib. 1, cap. 55.

ignoraient ? Il vaut mieux s'arrêter à l'idée que le vendeur n'a voulu se défaire que de la chose existante lors de la vente. Si le prix se trouve à peu près proportionné à la valeur des objets vendus, ne serait-il pas absurde et inique de priver l'héritier de la part accroissante qui peut être considérable, pour la donner à l'acquéreur qui ne l'a pas payée ? Vinnius cite plusieurs auteurs (1) à l'appui de sa doctrine, et elle doit être préférée à celle de Duaren et de Furgole. Olea (2) dit que c'est la solution qui est le plus communément admise, et c'est à elle qu'il s'attache.

2181. Mais la portion vacante doit-elle accroître avec la charge qui l'affecte ou sans la charge ?

D'après le droit romain l'accroissement se faisait *cum onere* dans les institutions et substitutions directes, soit que la conjonction eût lieu *re et verbis*, ou *re tantum* : « J'institue » Titius mon héritier; j'institue Sempronius mon héritier » avec charge qu'il payera 10,000 liv. à Caïus. » C'est la conjonction *re tantum*; si Sempronius ne recueillait pas, sa part accroissait à Titius qui était obligé de payer les 10,000 liv. à Caïus. Il en était de même si l'institution était faite conjointement *re et verbis* : « J'institue mes héritiers » Caïus et Sempronius, ce dernier avec charge de payer » 10,000 liv. à Titius (3). »

A l'égard des legs, la loi unique au Code, *De caducis tollend.*, § XI, usait de cette distinction. Si la conjonction était faite *re et verbis*, le colégataire qui profitait de la portion vacante devait satisfaire à la charge, à moins qu'elle ne fût personnelle; si la jonction se faisait *re tantum*, l'accroissement se faisait *sine onere;* car en faisant le legs de la même

(1) Jason et Ripa sur la l. 89, D., *De legat.*, 3°. Gomès, *resol.*, cap. 10, n° 44. Fachinée, *controv.* 5, C. *ult.*

(2) *De cessione jurium.*, t. IV, quest. 7, n° 16.

(3) L. *unic.*, §§ 10 et 11, C., *De cad. toll.* Furgole, *loc. cit.*, n° 92.

chose à deux séparément, le testateur est censé avoir voulu que chacun ne soit tenu qu'à sa charge et non à celle d'autrui (1). Le légataire qui recueille le legs garde la chose en totalité *jure non decrescendi*.

Toutes ces distinctions ne doivent pas être suivies; la volonté du défunt est là. Elle a imposé une charge; elle a placé une obligation à côté du bienfait. Puisque le bienfait subsiste, la charge doit subsister aussi; il n'y a pas de subtilité de droit qui puisse prévaloir contre cette vérité. Ricard, qui écrivait pour les pays coutumiers et qui cherchait à concilier autant que possible les décisions du droit romain avec la simplicité du droit français, avait émis l'avis que dans tous les cas, et nonobstant le § XI de la loi *De caduc. toll.* au Code, le colégataire doit accomplir la charge attachée à la portion vacante dont il profite (2). Cette opinion, qui est aussi celle de Pothier (3), reçoit plus de force aujourd'hui du caractère équitable de notre jurisprudence (4); elle doit être suivie (5).

Observons toutefois que lorsque la charge est purement personnelle, la disposition de la loi unique au Code *De caducis tollendis* doit servir de règle, parce qu'elle est l'expression d'une vérité de bon sens. Ainsi l'obligation de se marier ou d'embrasser l'état ecclésiastique ne passerait pas au colégataire qui remplace le légataire défaillant (6).

(1) Furgole, *loc. cit.* Mantica, *loc. cit.*, l. 10, t. III, nº 16.

(2) *Loc. cit.*, nºs 550 et 556.

(3) *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 5, § 5 *in fine*.

(4) On a cité à l'appui un arrêt de la cour de Turin du 26 août 1806 (Devill., 2, 2, 168), peut-être parce qu'à cause de la généralité de ses termes, il semble englober tous les cas de conjonction. Mais l'arrêtiste n'ayant pas donné les faits, on ne sait si, dans l'espèce, la conjonction était *re et verbis* ou *verbis tantum*. C'est là une omission regrettable.

(5) *Supra*, nº 418. Toullier, t. V, p. 695. Proudhon, *Usufruit*, t. II, nº 643. MM. Vazeille, nº 7, sur l'art. 1044. Dalloz, *Disposit. entre-vifs*, etc., ch. 9, sect. 4, nº 23. Poujol, nº 9, sur l'art. 1044.

(6) Proudhon, *loc. cit.* MM. Dalloz, *loc. cit.* Vazeille, *loc. cit.*

2182. Parlons maintenant des règles qui président au partage de l'accroissement.

Lorsque le droit d'accroissement vient à produire son effet, la portion vacante se partage au marc le franc entre ceux qui ont recueilli les autres parts de la chose léguée : « *pro portione legati cuique eorum quibus fundus separatim* » *legatus est, accrescat* (1). »

Cela ne peut faire difficulté lorsque tous les légataires sont unis dans une même conjonction ; mais la chose n'est pas aussi claire lorsqu'il y a mélange de conjonctions diverses. Un texte de Paul a prévu ce dernier cas (2). Ce texte a été un champ de bataille pour les anciens interprètes (3) et un sujet de conjectures pour les nouveaux (4). Après y avoir réfléchi, nous pensons qu'il n'a pas d'autre portée que celle que Cujas lui a donnée, en le coordonnant avec l'ensemble de l'œuvre de Justinien. Cette loi n'a été insérée dans le Digeste que pour régler l'ordre de préférence entre les diverses classes de légataires conjoints.

Voci ce que dit Paul :

« *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re,* TITIO ET SEIO FUNDUM ÆQUIS PARTIBUS DO LEGO : *quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omni modo cæteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non : quæstionis est, an conjunctus potior sit? et magis est ut ipse præferatur.* »

(1) Modestin, l. 41 *in principio*, D., *De legat.*, 2°. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 361, n° 429. Ricard., part. 3, n° 535. Furgole, *loc. cit.*, n° 89.

(2) L. 89, D., *De legat.*, 3°.

(3) Voy. ci-dessus, n° 2164.

(4) M. Holtius, *Dissertation sur le droit d'accroissement.* (Thémis, t. IV, p. 235 et suiv.)

Pour expliquer cette loi, rien n'est plus nécessaire que de donner un exemple, c'est ce qu'a fait Cujas dans l'hypothèse suivante où les trois conjonctions se trouvent présentées (1) : « *Primo et Secundo illum fundum do lego;* » *deinde Tertio eumdem fundum lego; deinde Quarto eumdem* » *fundum lego; deinde Quinto et Sexto eumdem fundum lego;* » *postremo Septimo et Octavo eumdem fundum ex æquis par-* » *tibus lego.* »

Ce cas est aussi complet que possible : pour arriver à un résultat légitime, il doit être fait cinq portions du fonds qui fait l'objet de ces legs. Une portion d'un cinquième doit appartenir à *Primus* et *Secundus* comme ne représentant qu'une tête (2); une autre portion d'un cinquième doit appartenir à *Tertius;* une pareille portion à *Quartus;* un autre cinquième appartiendra à *Quintus* et à *Sextus,* et le dernier cinquième à *Septimus* et *Octavus.*

Primus et *Secundus* sont conjoints entre eux *re et verbis; Quintus* et *Sextus* le sont aussi entre eux de la même manière; et tous quatre sont conjoints *re tantum* avec les autres; *Septimus* et *Octavus* sont conjoints entre eux *verbis tantum.*

Si *Primus* prédécède, sa portion accroît à *Secundus;* si *Quintus* prédécède, c'est *Sextus* qui profitera de sa part par droit d'accroissement. Car l'on devra toujours préférer aux conjoints *re tantum* ceux qui sont doublement conjoints *re et verbis.* Que si *Tertius* a prédécédé, comme il est véritablement disjoint des autres, sa portion accroît à tous les autres, de telle sorte, cependant, que ceux qui sont compris dans la même disposition, *eadem figura orationis,* ne puissent comp-

(1) Sur la loi 16, D., *De legat.*, 1°.

(2) « *Conjuncti unius personæ potestate funguntur.* » (Ulpien, l. 34, D., *De legat.*, 1°.)

ter que pour une seule tête ayant droit à un quart. Que si *Septimus* prédécède c'est *Octavus* qui profitera de sa portion, quoique les mots *æquis partibus* semblent opérer disjonction; mais dans ce cas particulier, ainsi que l'explique Cujas, il faut les entendre en ce sens que le testateur a voulu que *Septimus* et *Octavus* fussent admis *in solidum* à la même part *per modum unius*. Cette désignation est, en effet, purement démonstrative; elle n'est réputée faite qu'au point de vue de l'exécution du legs et pour le cas de concours. *Illa adscriptio est demonstratio quædam* (1). C'est là, du reste, un aperçu que nous avons rencontré ci-dessus (2) et qui se produit souvent dans la jurisprudence.

Nous remarquerons au surplus que cette difficulté résultant d'un mélange bizarre de conjonctions, qui n'est nullement dans nos usages, se présentera rarement sous le Code.

2183. Le droit d'accroissement mérite un examen particulier lorsque les dispositions sont en usufruit (3).

Le droit d'accroissement, en cette matière, est fondé sur les mêmes principes qu'en matière de propriété, c'est-à-dire sur la solidarité de la disposition faite à deux ou plusieurs personnes appelées conjointement *re et verbis* ou *re tantum* (4).

Mais il avait reçu des lois romaines quelques modifications remarquables qui en altéraient les effets, et qui sont détaillées au titre du Digeste *De usufructu accrescendo*.

2184. Une première singularité doit être signalée.

Quoique les usufruitiers eussent accepté et recueilli chacun sa portion, si l'une de ces portions venait à vaquer après

(1) Cujas, *loc. cit.*

(2) *Supra*, nos 2173 et suiv.

(3) *Supra*, no 1913.

(4) Ulpien, l. 1 *proœm.*, et § 3, *De usuf. accr.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 237, no 1. Voët, *ad Pand.*, *De usuf. accresc.*, no 1. Ricard, part. 3, no 522. Furgole, *loc. cit.*, nos 48 et suiv.

l'acceptation, la portion vacante accroissait aux autres usufruitiers, bien qu'il en soit autrement dans le legs de propriété où le droit d'accroissement cesse dès que les portions sont acquises à tous les légataires par leur acceptation (1).

La raison qu'on donnait de cette différence était que la propriété consiste plus en droit qu'en fait, qu'au contraire l'usufruit consiste dans des faits de possession qui se renouvellent journellement; que par conséquent le concours divise de plein droit la propriété dès la seule fois qu'il a lieu, tandis que dans l'usufruit, les faits se renouvelant tous les jours, le concours doit se renouveler de même, et que par conséquent s'il vient à n'avoir plus lieu, le concours précédent n'empêche pas que les choses ne soient encore entières pour le droit d'accroissement (2).

Ces raisons, quoi qu'on en ait dit, ont une grande valeur, et à notre avis elles sont assez fortes pour que, dans notre jurisprudence, on ne s'écarte pas de la décision des lois romaines.

On peut y ajouter que les légataires de l'usufruit sont saisis *ab initio* de la totalité de l'usufruit qui leur a été légué conjointement, et que dès lors, en cas de mort d'un des colégataires, les autres doivent continuer à jouir de l'usufruit entier *jure non decrescendi*. D'autant que l'usufruit a un caractère qui fait qu'il s'attache plus aux personnes qu'au fond : « *jus personale*, disait Cujas, *quod cohæret personæ* (3). » Les personnes des usufruitiers sont une classe distincte des nus propriétaires, et tant qu'il en reste une, l'usufruit répugne à se consolider avec la propriété.

(1) Ulpien, l. 1, § 3, D., *De usuf. acc.* Pothier, *Pand.*, t. I, p. 229, n° 10.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 4. Ricard, *loc. cit.*, no 524. Furgole, ch. 9, n° 50.

(3) Sur la loi 33, § 1, D., *De usuf. et quemad.* (*Quæst. Papin.*, lib. 17). Voy. aussi la loi *penult.*, C., *De usuf.*

C'est surtout sur quelques-unes de ces dernières considérations qu'est fondé un arrêt de la cour de cassation qu'il est important de citer ici (1) :

« Attendu que, par son testament du 23 sept. 1829, le » général de Segond a légué à son frère Paulin de Segond et » à Louise de Segond sa sœur, conjointement, 1° la propriété » de tous ses meubles meublants, linge, etc., 2° la jouissance » de tous ses autres biens meubles, créances, fonds en ren- » tes sur l'État, argenterie et de tous ses immeubles;

» Attendu que, par cette disposition, les légataires, en ce » qui concerne le legs d'usufruit, seul objet du procès, ont » été saisis *ab initio* de la totalité de cet usufruit et, que, » conséquemment, ce n'est pas à titre d'accroissement que » mademoiselle Pauline de Segond a dû conserver l'inté- » gralité de la jouissance des immeubles légués par son frère, » mais par le motif qu'aux termes du testament ce legs n'é- » tait pas susceptible de décroissement; attendu, dès lors, » qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si l'accroissement a » lieu pour les legs conjoints d'usufruit comme pour ceux de » la propriété, puisque ce n'est pas de la loi que la défende- » resse éventuelle tient son droit, mais du testament de » son frère; attendu au surplus que l'arrêt attaqué déclare » en fait que c'est dans ce sens que le testament a été en- » tendu par le demandeur lui-même qui a reconnu, par » plusieurs actes formels, que la totalité de l'usufruit appar- » tenait à sa tante; Rejette..... »

(1) Arrêt du 1er juillet 1841 (Devill., 1841, 1, 851). V. aussi Paris, 22 mar 1859 (*J. Pal.*, 1859, p. 724). — La cour de cassation a décidé que les juges du fond ont un droit souverain d'appréciation à cet égard. Req., 9 mars 1857 (*J. Pal.*, 1857, p. 979). V. encore Aix, 17 mars 1858 (Dalloz, 59, 2, 51; *J. Pal.*, 1859, p. 111; Devill., 59, 2, 223), et cour cassation, 27 août 1856 (*J. Pal.*, 1857, p. 1127).

Cet arrêt n'a voulu résoudre la question qu'en fait. Mais la circonstance de conjonction sur laquelle il se fonde est nécessairement supposée exister ici soit *re et verbis*, soit *re tantum*, et dès lors on arrivera toujours au même résultat (1).

2185. Une autre singularité constatée par le droit romain, c'est qu'en matière d'usufruit l'accroissement, au lieu de se faire à la portion comme dans les legs de propriété, se faisait à la personne. Ainsi, si celui auquel la portion de l'usufruit avait été laissée venait à la perdre, et qu'une autre portion devînt vacante, cette nouvelle portion accroissait à la personne du colégataire de l'usufruit, nonobstant la perte de sa première portion (2). Cette décision est conséquente avec la règle posée au numéro précédent; elle prend sa base dans le caractère personnel de l'usufruit, et nous pensons qu'elle doit trouver place dans le droit moderne.

Ainsi, supposons qu'un legs d'usufruit ait été fait à Primus et Secundus, et que par suite d'un jugement, Primus ait été privé de sa portion d'usufruit; si son colégataire vient à défaillir, la part de ce dernier n'en accroîtra pas moins à Primus : « *Pars enim colegatarii,* dit Ulpien, *ipsi accrescit* (*qui* » *se liti obtulit*) *non domino proprietatis. Ususfructus enim* » *personæ adcrescit, etsi fuerit amissus* (3). » Il y a une décision semblable de Papinien (4).

(1) MM. Coin-Delisle, n° 10, sur l'art. 1044; Marcadé, *ibid.*, n° 5. *Contra :* Merlin, Rép., v° *Usufruit,* § 5, art. 1, n° 5. Grenier, n° 353. Proudhon, *Usufruit,* t. II, n° 675. Toullier, t. V, n° 699. Delvincourt, note 8, sur la p. 93. Favard, v° *Testam.*, sect. 3, § 3. Vazeille, n° 11, sur l'art. 1044.

(2) Ulpien, l. 10, D., *de usuf. de accrescendo.* Papinien, l. 33, § 1 *in fine*, D., *De usuf. et quemadm.* Paul, l. 14, § 2, D., *De except. rei judicat.* Furgole, ch. IX, n° 51. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 339, n° 11.

(3) Ulpien, l. 10, *loc. cit.*

(4) L. 33, § 1, *loc. cit.*, et Cujas, lib. 17, *Quæst. Papin.*

2186. Il faut voir maintenant dans quels ordres de dispositions le droit d'accroissement a lieu.

Le droit d'accroissement n'a lieu que dans les dispositions testamentaires et de dernière volonté. Nous ne parlons pas des successions *ab intestat* où il est réglé par des textes qui ne sont pas de notre sujet (1).

Quant aux contrats et donations entre-vifs, le droit d'accroissement n'y a pas lieu.

Ceci demande explication.

Il n'y a lieu, en effet, au droit d'accroissement que lorsque la disposition ne produit pas d'effet par le refus ou l'impossibilité de le recevoir. Or, dans les contrats et dans les donations, les choses ne peuvent jamais en être au point de se demander s'il y a lieu au droit d'accroissement ; car le contrat ou la donation ont été ou non acceptés. S'ils n'ont pas été acceptés, il n'y a ni contrat, ni donation à l'égard de celui qui n'a pas accepté, la disposition est nulle, elle ne peut produire d'effet ; donc elle ne peut pas servir de base au droit d'accroissement (2).

Si le contrat et la donation ont été acceptés, il n'y a pas lieu non plus au droit d'accroissement. La chose passe aux héritiers de l'acceptant (3).

Cependant, s'il résultait formellement des termes de la donation qu'elle est faite *in solidum* à chacun des donataires,

(1) Art. 786 du C. Nap.

(2) « *Si pluribus simul res una vel omnia bona donentur, et unus eorum* » *donata non acceptet, portio ejus haud quaquam accrescit cæteris, sed* » *magis extra donation s causam manet...* » (Voët, *ad Pand.*, lib. 39, t. 5, n° 14.)

(3) L'avis qui vient d'être énoncé est celui de Dumoulin *sur Paris*, § 78, glose 4, n°s 5, 37 et 38 ; de Cujas, *Récitations solennelles*, sur la loi 64, D., *De contrah. empt.*; de Perezius, *Annotations in* Cod., *De caducis toll.*, n° 9 ; de Voët, *loc. cit.*, n° 14, et de Furgole, *Quest. sur les donat.*, *quest.* 1, n° 18.

la non-acceptation de l'un ne pourrait pas nuire à l'autre; car l'acceptant aurait accepté pour le tout, et il garderait le tout, moins par droit d'accroissement que *per jus non decrescendi* (1).

Mais cette présomption ne peut être facilement admise, d'autant que, dans les donations qui sont de véritables contrats, les termes doivent s'interpréter *quantum sonant*, et que ce n'est qu'autant qu'il serait bien clair que la donation a été faite *in solidum*, qu'on devrait admettre le droit d'accroissement.

2187. Quant aux institutions contractuelles, comme elles produisent le même effet que les testaments, nul doute que le droit d'accroissement ne doive y être admis (2).

2188. Mais, étant données des dispositions testamentaires et de dernière volonté, il y a une grande différence à établir entre l'accroissement qui a lieu dans les dispositions universelles et celui qui a lieu dans les legs particuliers.

Entre légataires particuliers, l'accroissement est subordonné aux conditions rigoureuses de conjonction posées dans les art. 1044 et 1045 du Code Napoléon. La conjonction est une exception reposant sur la volonté du testateur, et cette volonté n'a une base solide que lorsqu'elle se produit dans la forme et avec les circonstances que le législateur a exigées pour avoir les meilleures garanties de certitude.

Mais entre légataires universels, ces conditions spéciales ne sont pas nécessaires. Le caractère universel de la disposition les remplace par sa latitude et son énergie; et l'accroissement s'opère, non pas en vertu des articles 1044 et 1045, mais en vertu de l'universalité du titre qui absorbe

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 21.

(2) Furgole, ch. 9, n° 31, d'après Dumoulin *sur Auvergne*, t. XIV, art. 17. Ricard, part. 3, n° 481. E. Delaurière, ch. 4, *Des inst. et subst.*, n°s 14 et suiv. *Infra*, n° 2362.

tout, par cela seul qu'il est universel. Lors donc qu'on sera en présence d'un legs universel fait à plusieurs, il ne faudra pas décider la question d'accroissement entre eux par les conditions étroites de conjonction qui sont la règle des legs particuliers. C'est une remarque que nous avons déjà eu occasion de faire dans notre commentaire de l'art. 1003 (1), et que nous rappellent surtout deux arrêts de la cour de cassation, du 19 octobre 1807 (2) et 14 mars 1815 (3).

Dans l'espèce du premier arrêt, le testateur avait institué par une seule disposition ses trois neveux, « pour, disait-il, » faire et disposer de mon entière hérédité après mon décès, » par portions égales à leur volonté, en payant mes dettes. »

Dans l'espèce de l'arrêt de 1815, le testateur avait institué pour légataires universels un frère et une sœur : « pour » eux jouir et disposer de mes biens, » était-il dit dans le testament, « par égales portions. »

Il est évident que, dans ces deux cas, les légataires étant appelés à l'universalité par la volonté du défunt, profitaient de la part de leurs colégataires prédécédés par la seule force de leur droit à l'universalité. Et c'est donc par un surcroît de diligence inutile, que la cour de cassation a cru devoir établir, dans les deux décisions par lesquelles elle a consacré le droit d'accroissement, que le testateur avait conjoint ses légataires-universels par une conjonction *re et verbis*. L'accroissement résulte ici de l'universalité : ou le legs est universel ou il ne l'est pas. S'il est universel (et il est évident qu'il l'est si on veut en combiner les termes avec l'art. 1003), il attire à lui, par l'énergie de l'universalité, la part des défaillants.

(1) *Supra*, n° 1773.

(2) Devill, t. II, 1, 590.

(3) Devill., t. V, 1, 27. J'ai cité ces deux arrêts en note, *supra*, n° 1769. Voy. aussi n° 2175.

2189. Du reste, il y a certaines dispositions testamentaires qui ne sont pas susceptibles, par leur nature, du droit d'accroissement.

Tels sont les legs d'aliments : car si le legs d'aliments comprenait quelque chose de plus que ce qui a été jugé nécessaire pour cette destination, il cesserait d'être legs d'aliments. C'est là, en effet, comme le dit Voët (1), un legs limité aux besoins de celui auquel il est fait.

2190. Quelques auteurs ont pensé que le droit d'accroissement n'avait pas lieu dans les legs de quantité (2). Mais cette exception n'est nullement fondée (3). D'ailleurs, le Code ne l'établit pas, et elle ne saurait être appuyée d'aucune raison solide (4).

2191. Le testateur peut prohiber le droit d'accroissement; car ce droit est fondé sur la volonté présumée du testateur, et cette volonté qui a pu s'établir peut aussi se détruire.

Ainsi, si le testateur, après avoir donné le fond Cornélien à Titius et à Sempronius conjointement, ajoutait qu'il sub-

(1) « ... *Adeoque de alimentorum legato, in quo non ita jus accrescendi* » *vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mor-* » *tem alterius colegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis, sed* » *magis, uti in agris limitatis alluvio cessat, ita et in alimentis ad unius* » *hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi allu-* » *vionibus assimilatum sit.* » (Voët, *De usuf. accresc.*, n° 3.) — « *Cum* » *testator in alimentis legavit, videtur voluisse ne ultra modum alimentorum* » *quicquam habeant singali legatarii...* » (Mantica, *De conject. ult.*, *vol.*, l. 10, t. III, n°s 24 et suiv.)—Mantica ajoute la citation suivante de Balde : « *Neque enim quisquam potest habere duos stomachos.* »

(2) Bartole, Balde, Paul de Castro sur la loi 16, § 2, D., *De legat.*, 1°. Mantica, *De conject.*, l. 10, t. III, n° 29.

(3) Ricard, part. 3, n° 521.

(4) Ce n'est pas parce qu'il s'agissait d'un legs de quantité que la cour de Toulouse, dans l'arrêt cité au n° 2176, a décidé que le legs de 3,000 fr. fait aux deux frères Rollin ne produisait pas accroissement; c'est parce qu'il résultait de l'intention du testateur que dans l'espèce il n'y avait pas lieu à accroissement.

stitue vulgairement Caïus à Sempronius, il est évident que le droit d'accroissement aurait été fort loin de la pensée du testateur; car la substitution est plus forte que le droit d'accroissement (1).

ARTICLE 1046.

Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.

ARTICLE 1047.

Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.

SOMMAIRE.

2192. Les dispositions testamentaires sont révocables pour inexécution des conditions et pour faits d'hostilité.
2193. Renvoi.
2194. L'action en révocation pour inexécution des conditions peut être exercée par toute personne ayant intérêt.
2195. De la révocation pour faits d'hostilité.
2196. Il faut que les inimitiés soient très-grandes pour entraîner la révocation.
2197. *Quid* de la séparation de corps?
2198. Opère-t-elle de plein droit la révocation des dispositions testamentaires?
2199. Des injures qui s'adressent à la mémoire du testateur.

(1) Furgole, ch. 9, n° 114. Duaren, *De jure accrescend.*, l. 2, cap. 16. Mantica, *loc. cit.*, l. 4, t. XII, n° 30.

2200. Que faut-il entendre par injures graves faites à la mémoire du testateur?

2201. *Quid* du fait d'avoir dérobé des objets dépendant de la succession?

2202. A qui appartient le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude ?

2203. Du délai accordé aux héritiers pour exercer cette action.

2204. Quelle sera la prescription du délai si le fait d'hostilité s'adresse, non à la mémoire, mais à la personne du testateur?

2205. En tous cas, l'action des héritiers n'est pas recevable si le testateur avait pardonné.

2206. Les testaments sont-ils révocables pour survenance d'enfant? — Distinction.

2207. *Quid* si le testateur n'ayant pas d'enfant, il lui en est survenu depuis le testament et avant son décès ?

2208. *Quid* si le testateur était décédé n'ayant pas d'enfant, mais sachant que sa femme était enceinte ?

2209. *Quid* enfin s'il est décédé ignorant la grossesse de sa femme ?

COMMENTAIRE.

2192. En se référant aux articles 954 et 955 du Code, l'article 1045 nous apprend que les dispositions testamentaires sont révocables ;

1° Pour inexécution des conditions imposées au légataire ;

2° Lorsque le légataire se rend coupable, envers celui qui l'a gratifié, d'actes incompatibles avec son bienfait. Par exemple, si le légataire a attenté à la vie du testateur, ou bien s'il s'est livré envers lui à des sévices, des délits ou injures graves, lors même, d'après l'art. 1047, que ces injures s'adresseraient non à sa personne, mais à sa mémoire.

Le Code ne fait pas figurer le refus d'aliments parmi les causes de révocation des dispositions testamentaires. La nature des choses y met obstacle, puisque le testament n'a d'effet qu'après la mort du testateur.

2193. Nous n'avons pas besoin de reproduire ici, en ce

qui concerne les effets de l'inexécution des conditions en matière de legs, ce que nous avons exposé, soit dans notre commentaire de l'article 900 sur l'accomplissement des conditions apposées dans les dispositions testamentaires (1), soit dans notre commentaire de l'art. 954 sur le même sujet envisagé au point de vue des donations entre-vifs (2); nous y renvoyons (3).

2194. L'action en révocation des dispositions testamentaires pour inexécution des conditions peut être exercée par toute personne ayant intérêt, par exemple par l'héritier légitime contre le légataire universel grevé de conditions et charges (4), par le légataire universel contre les légataires particuliers qui ne satisfont pas aux charges à eux imposées, et par les légataires particuliers eux-mêmes contre ceux de la part desquels ils profiteraient en cas de caducité.

2195. Venons à la révocation pour faits d'hostilité; elle a les plus grandes analogies avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude : on trouvera la raison philosophique et les principaux exemples de cette dernière cause de révocation dans le commentaire de l'article 955 (5). Le lecteur voudra bien y recourir.

Il faut pourtant s'arrêter ici à quelques points particuliers, qui se font remarquer dans la révocation des dispositions testamentaires.

Et, d'abord, on y considère l'hostilité du légataire sous

(1) Nos 361 et suiv.

(2) Nos 1287 et suiv.

(3) Voy. en outre un arrêt de Grenoble du 16 mai 1842 (Devill., 1843, 2, 279), qui décide que la révocation de la disposition testamentaire peut être demandée contre le légataire universel qui chargé par le testateur d'élever un monument à sa mémoire, néglige d'accomplir cette charge.

(4) Grenoble, 16 mai 1842 (Devill., 1843, 2, 279).

(5) Nos 1304 et suiv.

un double aspect : 1° lorsqu'elle résulte de faits qui s'adressent à la personne même du testateur; 2° lorsque ces faits s'adressent à sa mémoire.

Sur le premier point, on aperçoit, au premier coup d'œil, que les faits d'hostilité imputables au légataire ne peuvent pas toujours être qualifiés d'ingratitude dans le sens propre du mot. L'ingratitude suppose la connaissance du bienfait. Or, le testament étant secret de sa nature, le légataire peut ignorer les dispositions bienfaisantes du testateur. Mais il importe peu que le légataire ne soit pas ingrat : il suffit qu'il soit hostile ; il suffit qu'il ait pris une attitude ennemie envers celui qui n'avait pour lui que des sentiments bienveillants. Si ce n'est pas par la peine des ingrats qu'il est privé du bienfait, ce sera par la présomption du changement de volonté de la part du disposant, qui n'a pu tester en faveur du légataire que parce qu'il croyait à son affection, et qui ne l'aurait pas gratifié si l'attentat et l'injure eussent précédé le testament.

Ceci posé, nous relevons une singularité du droit romain sur le sujet qui nous occupe ; car il avait établi une différence, à cet égard, entre les institutions d'héritier et les legs. D'après les textes les plus constants, l'institution d'héritier n'était pas révoquée par les inimitiés survenues, depuis le testament, entre le testateur et l'héritier (1). On en a donné cette raison (2) (qui n'est pas celle de tous les auteurs) (3), à savoir que les institutions ne se révoquaient pas par la volonté tacite et non solennelle du testateur (4). Mais il en était autrement dans les legs et fidéicommis. Le légataire était repoussé par l'exception de dol, lorsqu'il s'était élevé

(1) Papinien, l. 22, D., *De adim. legat.*
(2) Furgole, ch. 11, n° 187.
(3) Voët, *ad Pand.*, *De adim. legat.*, n° 5.
(4) Paul, l. 36, § 3, D., *Des testam. milit.*

des inimitiés entre lui et le testateur, et cette règle était suivie même pour les legs faits en faveur d'un des cohéritiers (1).

Le droit moderne n'a pas admis une telle distinction, parce que chez nous les institutions d'héritier ne sont que des legs, et que la décision du droit romain sur l'hostilité du légataire et du testateur est seule conforme à la raison. La loi suppose, dans tous les cas, que le testateur à qui l'héritier ou le légataire ont donné des causes graves d'inimitié, a changé de volonté à leur égard, et elle considère leur demande comme immorale à cause de leur ingratitude.

2196. Mais il faut que les inimitiés soient capitales ou très-graves : de légers refroidissements ne devraient pas être pris en considération : « *Si quidem capitales vel gravissimæ* » *inimicitiæ intercesserint, ademptum videri quod relictum* » *est; sin autem levis offensa, manet fideicommissum.* » Telle est la décision d'Ulpien (2).

L'histoire nous offre un célèbre exemple d'ingratitude. C'est l'attentat de Decimus Brutus sur César qui, dans son testament, l'avait institué son héritier par substitution vulgaire. Presque tous les assassins de ce grand homme avaient une place honorable dans les dernières dispositions du plus magnanime et du plus clément des Romains (3).

Scœvola signale un autre exemple d'inimitié entraînant la révocation du legs (4). C'est le cas où le légataire aurait porté contre le testateur une accusation capitale et où le

(1) Papinien, *loc. cit.* Ulpien, l. 5, § 11, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, no 2. Ulpien, l. 9, D., *De his quæ ut ind.* Voët *loc. cit.*

(2) L. 3, § 11, D., *De his quæ ut ind.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 430, n° 2.

(3) Suétone (César), 83.

(4) L. 31, § 2, D., *De adim. legat.* Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*, n° 5.

testateur serait mort avant la fin du procès, sans avoir révoqué le legs fait au légataire accusateur.

On peut citer encore le fait du mari qui, institué légataire par sa femme, aurait entretenu une concubine dans la maison conjugale (1) : il n'y a pas de plus cruelle injure. Quant au cas où ce serait la femme légataire qui se serait rendue coupable d'adultère, on se rappellera ce que nous avons dit ci-dessus sur ce point qui est plus difficile (2).

Enfin, pour ne pas multiplier les détails, car ils peuvent aller jusqu'à l'infini, nous terminerons en disant qu'il y aurait encore injure grave et ingratitude caractérisée dans le fait du légataire qui insulterait la femme du testateur (3).

2197. La séparation de corps, qui n'a jamais lieu sans un état d'hostilité qui répugne à l'existence d'un bienfait, conduit nécessairement à la révocation des libéralités testamentaires faites à l'époux contre lequel elle a été prononcée.

Par exemple, une femme obtient la séparation de corps pour les causes les plus graves. Antérieurement elle avait fait un testament en faveur de son époux, elle décède plusieurs années après, sans l'avoir révoqué. Il n'en est pas moins vrai que le testament est révoqué tacitement, à cause du changement de volonté que font supposer et les injures et sévices, et la séparation que la femme a voulu mettre entre elle et son époux. Ici ne se présente pas l'objection tirée de l'art. 959, qui a été la cause involontaire de si longues erreurs dans la matière des donations (4). Nul ne saurait contester, dans ce cas, l'application de l'art. 1046 et de la révocation qu'il prononce.

(1) *Supra*, n° 1336.
(2) N° 1335.
(3) Voët, *ad Pand.*, *De adim. legat.*, n° 5. *Supra*, n° 1316.
(4) *Supra*, n° 1357.

2198. Il n'y a qu'une seule difficulté : elle consiste à savoir si la séparation opère, de plein droit, la révocation des libéralités testamentaires, ou bien si, conformément à l'art. 956 combiné avec l'art. 1046, la révocation est livrée à l'appréciation du juge, maître de rechercher et de peser les faits, et d'examiner si l'époux testateur n'a pas voulu être généreux, même envers celui dont il s'est séparé (1).

C'est la question examinée au numéro 1361, qui se trouve transportée dans les libéralités testamentaires. Le droit romain ne saurait la trancher d'une manière absolue. Les divorces *bona gratia* et les simples répudiations étaient des causes de rupture du mariage qui n'impliquaient pas nécessairement une hostilité entre les époux qui se séparaient ; le mari pouvait avoir voulu répudier sa femme, sans lui enlever la compensation d'une libéralité.

Il y avait donc des questions de fait qui venaient se mêler aux dissolutions du mariage par le divorce, et le juge était appelé à rechercher quelle avait été la volonté présumée du testateur (2).

Il est vrai qu'Ulpien semble décider, d'une manière générale, que le divorce dissout et révoque le legs. Discutant, en effet, un cas où le mari a légué à sa femme des objets en or et où ces objets ont été fondus, il commence par dire que la matière restant, le legs n'en est pas moins dû ; mais il ajoute qu'il faut que la femme légataire soit encore épouse du testateur au temps de la mort de celui-ci. Telle est, dit-il, la décision de Proculus et elle est exacte : « *et verum est; separatio enim dissolvit legatum* (3). » Et des textes aussi précis portent la même décision à l'égard de la donation à cause de

(1) « *Nimirum facti quæstio est; nam potest nec repudiatæ adimere voluisse.* » (Celsus, l. 3, D., *De auro et argent. legato.*)

(2) Celsus, l. 3, D., *De auro legat.*

(3) L. 49, §§ 5 et 6, D., *De legat.*, 3°.

mort qui, comme on le sait, avait les plus grands rapports avec les legs (1).

Mais il est évident qu'Ulpien n'a envisagé le divorce que pour le cas le plus fréquent, celui où c'est l'inimitié, la colère et la dissension qui mettent aux prises les époux. Au contraire, Celsus, examinant le divorce à ses différents points de vue, déclare qu'il faut se garder d'être trop absolu, qu'on ne doit pas dire avec Proculus que la révocation a nécessairement lieu; que c'est une question de fait, et qu'il faut rechercher la volonté du testateur : « *Uxori legavit, quæ ejus* » *causa parata sunt, et ante mortem, divertit. Non deberi,* » *quia adempta videantur, Proculus ait. Nimirum facti quæs-* » *tio est. Nam potest nec repudiatæ adimere voluisse* (2). » Et cette décision se confirme de tous les textes qui, après avoir consacré le divorce *bona gratia*, reconnaissent que les époux voulant divorcer de bon accord, soit par raison de santé, de vocation religieuse ou militaire, pouvaient se faire des donations *divortii causa* (3). Il était donc possible, à plus forte raison, que le divorce ainsi motivé laissât subsister la libéralité testamentaire ou autre, faite par l'un des époux à son conjoint. C'est pourquoi nous disons que la question était subordonnée à l'appréciation des faits; car, comme le disait ailleurs Ulpien : « *Plerique cum bona gratia discedunt,* » *plerique cum ira sui animi et offensa* (4) » Le juge avait à examiner ces circonstances et à voir si, malgré le divorce, le testateur avait persisté dans sa volonte libérale.

Ces idées étaient appliquées en pays de droit écrit au cas de séparation de corps qui avait remplacé le divorce. Il de-

(1) Ulpien, l. 11, D., *De donat. inter vir. et uxor.* Hermog, l. 62, D., *eod. tit.*

(2) L. 3, D., *De auro.*

(3) Voy. les textes. Pothier, *Pand*, t. II, p. 42, n° 23.

(4) D., 32, § 10, D. *De donat., inter vir. et uxor.*

vait en être ainsi, puisque, dans l'ancien droit français, la séparation de corps ne révoquait pas *ipso jure* les avantages entre époux, et qu'elle était seulement un fondement pour l'action révocatoire (1).

Mais venons au Code : l'art. 299 du Code Napoléon est ainsi conçu :

« Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas » de consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce » aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux » lui avait faits soit par leur contrat de mariage, soit depuis » le mariage contracté. » Ici, le doute n'est plus admissible, et le divorce opère avec une force de dissolution qui l'emporte sur tout.

Or, nous avons vu ci-dessus que cet article, bien qu'édicté pour le divorce, est aussi une règle pour la séparation de corps (2). D'un autre côté, ces mots « tous les avantages » offrent un sens général qui s'applique aux deux modes de disposition soit entre-vifs, soit par testament. Et, en effet, d'après Ferrière (3), on appelle avantage direct une donation ou un legs fait directement ou nommément ; on appelle avantage indirect un don ou legs fait à des personnes interposées, etc.

C'est aussi dans ce double sens que l'article 282 de la coutume de Paris se sert du mot avantager. Enfin, l'article 1079 du Code prend encore dans la même acception le mot avantage (4). Il suffit pour s'en convaincre, de rapprocher cet article de l'article 1076.

On objecte que l'article 299 parle des avantages faits et

(1) Merlin, Répert., v° *Séparation de corps*, § 4.
(2) N° 1361.
(3) *Dictionnaire de pratique*, v° *Avantage*.
(4) Art. 300 et 301 du C. Nap.

que les articles suivants parlent d'avantages stipulés. Or, dit-on, un acte non accompli et toujours révocable ne peut être considéré comme un avantage fait, comme un avantage stipulé.

M. Chabot a répondu ainsi à cette objection (1) :

« Il est bien vrai que le testament n'est, pendant la vie du » testateur, qu'un simple projet de disposition, puisqu'il est » toujours révocable et ne produit d'effet qu'au décès du » testateur; mais s'il en résulte que la disposition qu'il con- » tient n'a d'existence réelle et définitive qu'au moment où » le testateur décède sans l'avoir changée ni révoquée, il » n'en résulte pas également que le testament n'ait pas été » un acte jusqu'au décès du testateur, et que ce ne soit qu'à » cette époque qu'il doive être réputé avoir été fait maté- » riellement et qu'il prenne le caractère et l'existence d'acte. » La faction du testament et la disposition sont deux choses » absolument distinctes... La faction du testament est réelle, » définitive et consommée au moment où elle a lieu. L'acte » étant fait il n'est pas possible qu'il n'existe pas dès ce » moment, et qu'il ne soit censé fait qu'à une époque posté- » rieure, parce qu'il n'est pas possible que ce qui est ne soit » pas. »

Ajoutons à cette réponse de M. Chabot, que les mots « avantages stipulés, » qui se trouvent dans les articles 300 et 301 et qui paraissent exclure l'idée qu'il s'agit d'avantages testamentaires, ne sauraient avoir aucun effet sur le sens des mots employés par l'article 299, « tous les avantages. » Ce dernier article entend parler d'une manière générale de tous les avantages faits entre époux, et les articles suivants s'occupent plus particulièrement de certains de ces avantages. De ce qu'il n'est pas question des legs dans les

(1) *Questions transitoires*, p. 394.

articles 300 et 301, il ne s'ensuit pas que l'article 299 n'ait pas voulu les comprendre en se servant de ces expressions « tous les avantages. »

Au surplus, la question a été tranchée par un arrêt de la cour de cassation du 5 novembre 1849 (1), dans l'espèce que voici :

La dame Nicol, mariée en l'an XII au sieur de Bouscatel, avait fait prononcer sa séparation de corps en 1824 pour les causes les plus graves. En 1847, elle meurt sans enfants. Ses héritiers naturels se disposent aussitôt à partager sa succession ; mais le mari intervient et produit un testament olographe, daté de l'an XIII, par lequel sa femme l'instituait son légataire universel. Ce testameut inattendu devait-il survivre à la séparation de corps ou bien la séparation de corps l'avait-elle révoqué *ipso jure* ? Telle était la question.

L'arrêt de la cour de cassation est ainsi conçu :

« Attendu qu'il est de principe incontestable que l'article » 299, Code civil, au titre du *divorce*, doit recevoir son » application au cas de séparation de corps ;

» Attendu que cet article dispose que, etc. ;

» Attendu que ces expressions de la loi sont générales et » s'appliquent à tous les avantages que les époux se sont » faits depuis l'existence du mariage, sans distinguer entre » les donations et les dispositions testamentaires ;

» Attendu que dans l'absence de toute distinction faite » par l'article 299 entre les diverses natures et les différents » modes d'avantages, il est impossible de ne pas reconnaître que le législateur a voulu y comprendre également les » dons et libéralités faits pour le présent comme pour l'a-

(1) Cet arrêt, rendu sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général Nicias Gaillard, se trouve dans l'article précité de la *Revue de législation*. Voy. aussi dans Devill., 50, 1, 5.

» venir et provenant tout aussi bien de testaments que de
» donations entre-vifs;

» Qu'en effet, les motifs qui ont inspiré cette disposition,
» qui a eu pour objet de punir l'infraction aux lois et aux
» devoirs du mariage et de satisfaire à la morale publique,
» en ne permettant pas à un époux indigne de profiter de la
» libéralité à lui faite par le conjoint dont il a trompé les
» espérances, s'appliquent à tous les modes de libéralités
» ou d'avantages, et qu'il est impossible de refuser le carac-
» tère de la libéralité ou de l'avantage à une disposition
» testamentaire par laquelle un époux institue l'autre époux
» son légataire;

» Attendu que c'est vainement que l'on soutient qu'aux
» termes de l'art. 1035 du Code civil le testament ne peut
» être révoqué que par un testament postérieur, ou par un
» acte portant déclaration du changement de volonté du
» testateur; qu'en effet cet article constitue le droit com-
» mun qui doit être appliqué, sauf les cas où la loi prononce
» la révocation de plein droit; que, lorsque cette révocation
» existe, le testateur n'a pas besoin de faire ce que la loi a
» fait pour lui;

» Attendu que de ce qui précède il résulte que l'arrêt
» attaqué, en prononçant la révocation du testament fait
» au profit du demandeur par feu son épouse, par suite de
» la séparation de corps contre lui prononcée en 1824, et en
» appliquant à ce testament la disposition de l'article 299
» du Code civil, a fait une juste application de cet article
» et n'a violé aucune loi;

» Par ces motifs rejette, etc. »

2199. Il faut parler maintenant des injures qui s'adressent à la mémoire du testateur. Elles n'ont pas moins de gravité que celles qui ont été faites à sa personne même, et la loi aurait été incomplète si elle ne les avait pas prises en consi-

dération; car le testateur est censé vivre, aux yeux des légataires, à cause de sa libéralité. Nous sommes ici dans le cas d'ingratitude proprement dite. Le légataire sait ce que le testateur a fait pour lui, et néanmoins il paye le bienfait par l'injure. En présence d'une ingratitude si précisément caractérisée, la révocation a lieu, non plus par la supposition d'un changement de volonté, mais par la cause prévue par l'art. 955 du Code Napoléon.

Il est vrai que, dans notre commentaire de cet article, nous avons dit que les injures adressées à la mémoire du donateur par le donataire ne sont pas susceptibles d'être recherchées (1). La raison en est que dans la donation, l'action en ingratitude dépend de l'appréciation souveraine du donateur, seul juge de la poursuite ou du pardon (2), et que si l'on autorisait une poursuite pour des faits posthumes, il faudrait livrer le sort de la donation à la jalousie souvent injuste des héritiers, et leur attribuer une action que la loi déclare intransmissible et personnelle. Mais il en est autrement dans les matières testamentaires. L'action appartient aux successeurs et ne peut appartenir qu'à eux par la nature des choses. La loi, en la leur ouvrant, a dû lui donner la latitude imposée par la nécessité où ils sont placés de venger le défunt des atteintes portées à sa mémoire et à la morale par l'ingratitude de ses légataires.

2200. Il y a quelquefois des difficultés dans la question de savoir ce qu'il faut entendre par une injure grave faite à la mémoire du testateur. Par exemple, l'inconduite de la femme dans l'an de deuil mérite-t-elle cette qualification? On peut dire pour l'affirmative : les lois romaines (3) fai-

(1) No 1312.

(2) Art. 957.

(3) Gratien, Valentinien et Théodose Ier, l. 2, C., *De secundis nuptiis*. Voy. Basnage sur l'art. 377 de la *Coutume de Normandie*.

saient perdre aux veuves qui se remariaient, ou tenaient une conduite impudique dans l'an de deuil, les avantages qu'elles avaient reçus de leur mari. Notre ancienne jurisprudence n'attacha pas, il est vrai, cette peine à la précipitation des secondes noces; mais elle maintint la rigueur des lois romaines contre les veuves qui se conduisent impudiquement dans l'an de deuil (1). Le Code a gardé le silence à cet égard, mais l'art. 1047 ne conduit-il pas implicitement au résultat consacré par l'ancienne jurisprudence? Quelle injure plus grave, en effet, pour la mémoire du mari, que la conduite déréglée et scandaleuse de sa femme (2)?

Mais il faut répondre que l'art. 1047 n'est pas applicable dans ce cas; en effet, il a été dans la pensée des rédacteurs du Code d'étouffer les scandales, en ne maintenant pas les peines de l'ancien droit contre la femme qui malverse dans l'année de deuil (3). La cour de Nîmes a exposé avec force les raisons morales et juridiques de cette décision, dans un arrêt du 14 février 1827 (4), dont voici les motifs :

« Attendu que la mémoire de celui qui repose dans la » tombe n'est point atteinte par les torts d'autrui survenus » après son décès; que l'inconduite de la veuve, toute répré- » hensible qu'elle soit, laisse la réputation du mari pleine et » entière, telle qu'elle était fixée au terme de sa vie; que la » mémoire de celui-ci ne reste pas moins honorée si elle

(1) Dumoulin, *De feud.*, § 42, gl. 1, nº 143. Basnage, *loc. cit.* Bretonnier *sur Henrys*, t. II, p. 482.

(2) *Journal du Palais*, à l'occasion de l'arrêt de cassation du 14 décembre 1813.

(3) Mon *Commentaire du C. du mariage*, t. III, nº 1716. *Supra*, nº 1313.

(4) Devill., 8, 2, 333. Voy. un arrêt de Montpellier, du 27 août 1811, rapporté au 4e vol. de Devill., part. 1, p. 490, col. 1, au sujet d'un arrêt de cassat. du 14 décembre 1813. Il faut remarquer que s'il adopte une opinion contraire, c'est qu'il est rendu sur des faits antérieurs au Code Napoléon.

» l'était auparavant; qu'enfin, on ne peut assimiler cette » conduite à l'imputation d'un fait personnel au défunt, » capable de diffamer sa mémoire et qui constituerait, par » conséquent, une injure grave faite à sa mémoire; qu'au » surplus, il n'y a pas d'injure sans l'intention d'offense, et » que la faiblesse d'une femme qui oublie ses devoirs est un » fait entièrement indépendant de cette intention, etc. »

2201. On a demandé s'il y a injure grave à la mémoire du testateur, dans le fait d'avoir dérobé des objets dépendant de sa succession. La question, posée en ces termes, n'est pas soutenable dans le sens de l'affirmative. La mémoire du testateur ne peut être compromise par un fait dont les héritiers seuls sont victimes (1). Cependant, s'il arrivait que la soustraction eût été commise dans l'intention caractérisée de porter atteinte à la mémoire du défunt, par exemple de le faire passer pour un dissipateur et pour un débiteur de mauvaise foi, ayant emprunté pendant sa vie des sommes d'argent que son état d'insolvabilité ne lui permettait pas de rendre, il serait possible de voir dans ce fait un outrage entraînant révocation du legs (2). Mais cette hypothèse se présentera rarement : un déprédateur est plutôt mû par la pensée de s'enrichir que de nuire à la réputation du défunt.

2202. Le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude appartient à toutes les personnes qui sont appelées à profiter de la révocation, soit les héritiers du sang, soit les héritiers institués selon les cas.

Ici, il faut insister sur une remarque que nous n'avons faite ci-dessus qu'en passant (3) : c'est qu'il y a une différence

(1) Cassat. (chambre civ.), 25 juin 1822 (Dalloz, *Disp.*, ch. 9, sect. 2, p. 171).

(2) Même arrêt.

(3) N° 1328.

remarquable entre la donation et le legs, en ce qui concerne les personnes auxquelles appartient l'action en révocation pour cause d'ingratitude. Dans le cas de donation, cette action est personnelle au donateur; elle n'appartient à ses héritiers que lorsqu'elle a déjà été exercée par lui ou quand il est décédé dans l'année du délit (1); tandis qu'en matière de legs les héritiers du testateur peuvent seuls exercer, dans tous les cas, cette action. Cette différence tient à ce que la donation produit des effets actuels et engendre des rapports directs entre le donateur et le donataire, et que le legs, au contraire, ne produit d'effet qu'après le décès. Le donataire, en acceptant la donation, a contracté envers le donateur un engagement de ne rien faire qui heurte le principe même de la donation, et le donateur, de qui émane la libéralité, tient et doit tenir dans sa main les moyens d'en rendre les conditions permanentes.

Il en est autrement dans le legs. Le légataire n'a pas contracté avec le testateur qui ne s'est pas dessaisi; le testateur n'a pu avoir contre lui une action coercitive, puisque la disposition est en suspens tant que le décès n'est pas arrivé. De deux choses l'une : ou il faut laisser l'ingratitude impunie, ou il faut charger les héritiers de la venger.

2203. Mais quel délai les héritiers auront-ils pour exercer l'action en révocation du legs pour cause d'hostilité?

Il faut, à cet égard, distinguer s'il s'agit d'un fait s'adressant à la personne du testateur, ou d'injures graves adressées à sa mémoire. Ce dernier cas est prévu par l'art. 1047. L'autre n'est l'objet d'aucune disposition précise du Code Napoléon. Commençons par le cas qui a pour lui le texte et la clarté; nous examinerons ensuite celui que le silence de la loi rend plus difficile.

(1) N° 1328, art. 957.

L'article 1047 veut que l'action en révocation pour cause d'injures adressées à la mémoire du testateur, soit intentée dans l'année, à compter du jour du délit. Dans ce cas, en effet, la révocation est fondée sur l'ingratitude du légataire, et notre article a dû se modeler sur les dispositions de l'article 957 qui éteint, par une prescription annale, l'action révocatoire des héritiers pour cause d'ingratitude. La cause principale de cette prescription abrégée est la même que dans le cas de donation. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une action pénale, laquelle, dans l'intérêt public, doit être promptement vidée (1).

On peut ajouter une autre raison que voici : l'héritier doit être prompt à venger la mémoire du défunt. C'est à lui qu'il appartient de faire punir une coupable ingratitude par la révocation de la disposition. Il doit donc remplir avec zèle ce pieux devoir imposé à la fois par la reconnaissance et par la nature. S'il tergiverse, s'il hésite, s'il laisse passer un espace de temps capable d'affaiblir le souvenir de l'atrocité de l'offense, il se montre lui-même négligent et ingrat, et la loi le punit de sa négligence, en le rendant non recevable dans l'action tendante à faire passer entre ses mains la chose léguée; on présume qu'en agissant si tardivement, il est mû plutôt par un sentiment d'intérêt personnel pour profiter de la libéralité que par le devoir de venger la mémoire outragée de celui qu'il représente.

2204. Que s'il s'agit d'un fait d'hostilité s'adressant non à la mémoire, mais à la personne même du testateur, la question de savoir si la prescription est annale, ou si l'action a, au contraire, une durée ordinaire, est plus délicate, puisque le Code garde le silence sur la solution. Mais ce silence ne serait-il pas cependant un moyen de la décider?

(1) *Supra*, n° 1323.

Pourquoi l'art. 1046, qui renvoie aux articles 954 et 955 du Code Napoléon, ne renvoie-t-il pas aussi à l'art. 957? Pourquoi l'art. 1047 a-t-il pris soin d'établir une prescription annale semblable à celle de l'art. 957 pour révocation résultant d'injures posthumes? Et pourquoi le législateur n'a-t-il pas étendu cette disposition aux faits d'inimitié qui se sont produits pendant la vie du testateur?

La réponse à ces questions se trouve dans la discussion du conseil d'État, où se révèle la preuve que, si le Code ne contient pas de disposition qui limite à un an l'action en révocation pour le cas qui nous occupe, c'est qu'il ne l'a pas voulu.

Le projet du Code contenait un article ainsi conçu :

« Si la demande est fondée sur le fait que le légataire » était auteur ou complice de la mort du testateur, l'héritier » doit la former dans l'année, à compter du jour du décès » du testateur si la condamnation du légataire est antérieure, et à compter du jour de la condamnation si elle » est postérieure au décès.

» Si elle est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à » compter du jour du délit. » (Art. 125 du projet.)

M. Treilhard fit observer (1) « qu'il serait contre l'ordre » de laisser un assassin jouir des dépouilles de sa victime, » par cela seul qu'il n'avait pas été recherché pendant un » an. » A la suite de cette observation, M. Tronchet demanda « que l'action en déchéance contre le légataire eût la » même durée que l'action en poursuite du crime qu'il a » commis. » Là-dessus, le conseil retrancha la première partie de l'article, et n'en conserva que la deuxième partie, qui est devenue l'article 1047.

Que conclure de cette discussion? n'est-il pas clair que

(1) Fenet, t. XII, p. 402. Locré, t. XI, p. 260 et 261.

l'action de l'héritier pour faits antérieurs au décès n'est pas limitée à un an ?

Il y a d'ailleurs un grave motif de différence entre la prescription de l'art. 1047 et celle qui s'applique aux faits prévus par l'art. 1046. L'art. 1047 ne s'occupe que d'un cas d'ingratitude : il sévit contre un méfait par une action véritablement pénale, et par conséquent de courte durée. Mais dans l'art. 1046 l'action n'est pas pénale; elle est fondée sur le changement de volonté du testateur, sur une révocation remontant à ce dernier et produisant les mêmes effets que la déchirure du testament ou la révocation expresse. Par là, on se trouve ramené au droit commun; c'est ce que le Code a compris, c'est ce qu'il a voulu.

Malgré ces raisons, un arrêt de la cour d'Amiens, du 16 juin 1821 (1), a décidé que l'action est éteinte par la prescription d'un an, et cette opinion est celle de plusieurs auteurs (2). Nous la concevons jusqu'à un certain point, à cause de l'incertitude qu'une prescription trop prolongée peut faire peser sur la propriété : mais, en ce qui nous concerne, nous ne nous sentons pas le droit d'infirmer, par des raisons plus ou moins spécieuses, la volonté du législateur, quand elle est aussi formellement déclarée par les auteurs mêmes de la loi.

2205. Quoi qu'il en soit, l'action des héritiers, fondée sur l'ingratitude résultant de faits s'adressant à la personne du testateur ne serait pas recevable, s'il était établi que le testateur a pardonné (3). Le pardon peut résulter de circonstances très-diverses (4); il peut être exprès ou implicite

(1) Devill., 6, 2, 433.

(2) Delvincourt, t. II, p. 101, nº 11. M. Duranton, t. IX, nº 479.

(3) *Supra*, nº 1325. Ulpien, l. 4, D., *De adim. legat.*, Pothier, *Pand.*, *oc. cit.*, nº 5.

(4) *Supra*, nº 1325. MM. Duranton, t. IX, nº 977. Vazeille, nº 7, sur l'art. 1046.

et tacite. C'est une question abandonnée à l'appréciation du juge.

2206. Après avoir traité, avec les art. 1046 et 1047, de la révocation des dispositions testamentaires pour inexécution des conditions et pour des faits d'inimitié, nous rencontrons devant nous une question dont le Code ne s'occupe pas, mais qui, parce qu'elle se lie à la matière des révocations tacites, trouve ici une place naturelle. Nous voulons parler de la question de savoir si le testament, comme la donation, est révocable par survenance d'enfants.

Plusieurs cas peuvent se présenter : le testateur peut avoir fait un testament avant d'avoir des enfants, en avoir ensuite et n'avoir rien changé à sa disposition.

Il peut n'avoir d'enfants qu'après son décès, mais être décédé en ayant connaissance de la grossesse de sa femme.

Enfin son décès peut avoir lieu sans qu'il ait eu connaissance de la grossesse de sa femme, laquelle grossesse a été suivie de l'accouchement d'un posthume.

2207. Sur le premier point, il n'y avait point de difficulté dans l'ancien droit romain en ce qui touchait les testaments (1). Nous avons vu que le testament ne pouvait avoir d'effet qu'autant qu'il contenait institution ou exhérédation nominative des enfants nés ou à naître. La naissance d'un enfant passée sous silence dans le testament le rompait nécessairement (2).

Il en était différemment dans les codicilles ; la même obligation d'instituer ou d'exhéréder les enfants nés ou à naître n'existant pas, la survenance d'enfant n'opérait pas, dès lors, de révocation : Julien (3) cite le cas d'un enfant né après la

(1) *Supra*, n° 739.
(2) *Instit.*, § 1, *De exhæred. liberorum.*
(3) L. 3 *princ.*, et § 1, D., *De jure codicill.*

confection d'un codicille et devenu l'héritier sien du testateur, et il décide que la naissance de cet enfant ne doit pas être regardée comme rompant le codicille. Il en était de même dans le testament militaire (1), lequel n'était pas soumis aux rigueurs du droit civil.

Tel était, pour les testaments et codicilles (2), l'état de l'ancien droit. Justinien introduisit un changement important. Il voulut, par la novelle 115 (3), que la survenance d'enfant n'eût un effet révocatoire sur les dispositions testamentaires qu'autant que ces dispositions seraient universelles, et il laissa subsister les legs et autres dispositions à titre particulier contenus dans le testament, leur attribuant le même effet que les codicilles avaient autrefois.

Ces principes étaient suivis en pays de droit écrit et l'ordonnance de 1735, art. 53, les mit à l'abri de toute difficulté (4).

Dans les pays coutumiers, la question était considérée à un autre point de vue. Ce n'étaient pas les idées du droit romain sur l'institution d'héritier qui pouvaient y exercer de l'influence, puisque l'institution d'héritier n'y avait pas lieu. Mais beaucoup de bons esprits s'attachaient à la loi *Si unquam* (5); et quoiqu'elle ne parût faite que pour les donations entre-vifs, elle leur semblait l'expression d'une vérité générale, en sorte qu'ils croyaient devoir l'appliquer

(1) L. 9, C., *De test. milit.*, et Justinien, *Instit.*, *De exhæred. liber.*, § 6.

(2) Quant aux donations à cause de mort, c'était une question fort débattue entre les interprètes que de savoir si elles devaient être assimilés aux codicilles, ou si, au contraire, elles étaient révoquées par la survenance d'enfants, comme la donation entre-vifs, par application de la loi *Si unquam* (voy. Furgole, *Donations*, *quest.* 12).

(3) Ch. 3 *in fine*.

(4) Furgole, ch. VIII, sect. 3, nos 45 et suiv. M. Merlin, Répert., vo *Révoc. de testam.*, § 2.

(5) Ricard, part. 3, no 621. Coquille *sur Nivernais*, tit. *Des donat.*, art. 13.

aux dispositions testamentaires (1). Mais d'autres repoussaient cette assimilation; des arrêts ne l'avaient pas adoptée (2), et l'ordonnance de 1735, en gardant le silence sur la révocation des testaments par survenance d'enfants, lorsque l'ordonnance de 1731 avait été si explicite sur la révocation des donations pour la même cause, avait implicitement condamné l'extension que l'on faisait, avant elle, de la loi *Si unquam* à la matière des testaments (3).

Aujourd'hui c'est ce dernier sentiment qui doit être suivi. Les singularités du droit romain sur l'institution d'héritier sont trop éloignées de la simplicité de notre jurisprudence pour être prises en considération. Quant à la loi *Si unquam*

(1) Domat, liv. 2, t. I, sect. 5, nos 6 et 15. Bretonnier *sur Henrys*, liv. 5, *quest.* 100. Furgole sur l'ord. de 1731, *quest.* 13. Brillon, vo *Testament*, no 195.

M. Merlin, vo *Révocation de codicille*, § 5, cite plusieurs arrêts anciens.

Il ne faudrait pas attacher beaucoup d'importance à celui du 23 juillet 1663 que rapporte Ricard : « Un testateur, après avoir fait son testament, avait » eu un fils : il avait assisté au baptême et avait retiré son testament des » mains de l'exécuteur testamentaire; bientôt après il était mort. Les léga- » taires demandèrent la délivrance de leurs legs; mais la cour décida que le » testament était révoqué et que les legs pies et rémunératoires devaient seuls » être conservés. » (*Loc. cit.*, no 626.)

On voit qu'il y avait là des circonstances particulières qui indiquaient la volonté du testateur de révoquer son testament. Mais un arrêt du 7 janvier 1725, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Gilbert des Voisins, rapporté par M. Merlin (Répert., vo *Révoc. de codic.*, § 5), juge la question d'une manière précise dans le sens de la révocation.

Une sentence du Châtelet de Paris, du mois de septembre 1755, la résout dans le même sens (Merlin, *loc. cit.*).

Bretonnier (*loc. cit.*), résume ce point de droit : « Les testaments, dans » les pays de coutume, sont révoqués par le bénéfice de la loi *Si unquam*, » suivant la jurisprudence des arrêts rapportés par Desmaisons, Laguerrière » et Soefve. »

(2) M. Merlin a très-bien exposé cet état de choses (Répert., *Révocat. de codicille*, § 5).

(3) M. Merlin, *loc. cit.*

dont l'autorité avait entraîné quelques jurisconsultes des pays coutumiers, nous avons des textes qui la remplacent, et tout démontre que, dans leur pensée fondamentale, la survenance d'enfants ne révoque que les donations entre-vifs (1).

2208. Que si le testateur est décédé avant la naissance de son enfant, mais après avoir eu connaissance de la grossesse de sa femme et sans avoir révoqué son testament, doit-on décider de même?

La raison de douter, c'est qu'un testateur ne sait qu'imparfaitement ce que c'est que d'être père par l'espérance qu'il a de le devenir, et qu'il faut un objet présent et non éloigné ou certain pour sentir jusqu'où peut aller l'affection paternelle (2).

Mais cette raison n'avait paru déterminante ni dans le droit romain ni dans l'ancienne jurisprudence. Du reste Doneau disait (3) : *Junge aliquid relictum codicillis ab eo qui liberos non habebat, deinde posthumum natum; placet nihilominus legata deberi ab intestato, ex lege* 16, AB INTESTATO, D., DE JURE CODICILL. (4).

De même l'ancienne jurisprudence n'admettait pas que la survenance d'un posthume dût nécessairement révoquer un testament. C'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Paris du 4 juillet 1764 (5) en maintenant l'exécution du testament du sieur Lapouplinière, fermier général, bien que sa femme fût accouchée quelques mois après son décès. Un

(1) Merlin, Répert., vo *Révocat. de testament*, § 2. Montpellier, 20 avril 1842 (Devill., 1842, 2, 347).

(2) Boutaric sur l'art. 40 de l'ord. de 1731.

(3) Sur la loi *Si unquam*, C., *De revocat. donat.*, no 20.

(4) Paul, l. 16, D., *De jure codicill.* Marcellus, l. 19, D., *De jure codicill.*

(5) Denizart, vo *Révocat. de testam.* Merlin, Répert., vo *Révocat. de codic.*, § 5.

arrêt du parlement de Rouen, du 20 décembre 1725, avait aussi jugé de même dans une espèce semblable (1). Dans ces différents cas, il était établi que les testateurs avaient connu la grossesse de leurs femmes assez à temps pour pouvoir révoquer leurs testaments (2).

C'est cette opinion qu'on doit suivre aujourd'hui ; elle a été adoptée par la jurisprudence (3). On doit assimiler, en effet, la grossesse connue à la naissance. Elle suffit pour éveiller la tendresse du père et pour le déterminer à refaire son testament, s'il le juge convenable. Quand il ne le fait pas, il prouve qu'en acquérant la qualité de père, si chère du reste et si désirée, il n'a pas entendu renoncer aux autres affections de la nature.

2209. Arrivons à l'examen du troisième cas, et supposons que le testateur est décédé sans soupçonner la grossesse de sa femme, sans avoir pu, par conséquent, songer à révoquer son testament.

Ici se présente un autre ordre d'idées, et il est facile de comprendre que l'ignorance de la grossesse est un fait qui change entièrement le point de vue. La prétérition faite *scienter*, comme dans les cas précédents, est le résultat de la volonté souveraine du testateur. La prétérition faite *ignoranter* est le fruit de l'erreur, et l'erreur doit être réparée. C'est ce que décidaient, avec raison, les lois romaines (4). Et, par exemple, Paul, dans la loi 36, § 2. D., *De test. militis* (5), se prononce pour la nullité des dernières dispo-

(1) Bergier *sur Ricard* (Add. à la sect. 4 du ch. 5 *Des donat.*, part. 3).

(2) Ces deux arrêts ont été vainement attaqués en cassat. devant l'ancien conseil d'État (M. Duranton, t. IX, nº 473).

(3) Metz, 30 mars 1816 (Devill., 5, 2, 122).

(4) Tertyllianus, l. 33, § 2, D., *De testam. milit.* Marcellus, l. 19, D., *De jure codicill.*

(5) *Junge*, l. X, C., *Des testam. milit.*

sitions d'un militaire, qui, dans l'ignorance de la grossesse de sa femme, n'avait pas fait mention dans son testament de l'enfant qu'elle portait dans son sein : « *Miles in supremis* » *ordinandis, ignarus uxorem esse prægnantem, ventris non* » *habuit mentionem : post mortem patris filia nata, ruptum* » *esse testamentum apparuit, neque legata deberi.* »

L'ancienne jurisprudence française appliquait sans difficulté ces décisions fondées sur la nature des choses et sur la raison (1). Seulement on peut remarquer, avec Maynard, que la présomption d'ignorance ne s'admet pas facilement ; car, dit-il (2), d'après Bartole (3), le testateur, qui est de bon âge et en état d'avoir des enfants avec une femme, n'est pas censé avoir prétérit ignoramment ; il doit être, au contraire, présumé avoir pensé aux enfants pour l'avenir.

Voici, du reste, comment Pothier traite la question (4) :

« Si une personne faisait son testament, ignorant la » grossesse de sa femme, le posthume qui naîtrait pourrait » faire déclarer nul le testament de son père, non pas pré- » cisément à cause de la prétérition, qui n'est pas un vice » dans nos testaments, mais par une conjecture de la vo- » lonté du testateur; on présume qu'il n'a fait les legs con- » tenus dans son testament que parce qu'il croyait n'avoir » point d'enfant, et qu'il ne les aurait pas faits s'il eût su » qu'il lui en surviendrait. Cette présomption, fondée sur » l'affection naturelle des parents pour leurs enfants, fait » supposer dans le testateur une intention virtuelle de faire » dépendre les legs qu'il a faits de la condition s'il mourait » sans enfants. »

(1) Brillon, v° *Testam.*, n° 195. Arrêt du parlement de Paris du 15 janvier 1688.

(2) T. I, liv. 5, ch. 12, n° 26.

(3) *In leg.* 1, D., *De judic.*

(4) *Donat. testam.*, ch. 6, sect. 1.

Nous n'avons pas besoin d'insister beaucoup pour prouver que cette solution doit être adoptée sous le Code Napoléon. Le testament est, en effet, fondé sur une fausse cause qui a égaré la volonté du testateur ; il ne peut donc subsister (1). Il y a une parfaite analogie entre ce cas et celui que nous avons examiné ci-dessus (2) d'un père qui a fait une donation dans la fausse opinion de la mort de son fils. L'une et l'autre disposition doivent être annulées.

Vainement objecterait-on, avec quelques décisions judiciaires, le silence du Code. Le Code ne saurait avoir voulu qu'un testament fondé sur l'erreur conservât son existence ; l'erreur, en toute matière, est une cause de nullité intrinsèque. Or, où pourrait-on trouver une erreur plus caractérisée et mieux faite pour détourner la volonté de ses tendances naturelles ?

(1) Douai, 30 janvier 1843 (Devill., 1843, 2, 78). *Junge*, Delvincourt, t. II, p. 387. MM. Dalloz, *Dispos. entre-vifs*, ch. 6, p. 171. Chabot, *Quæst. transit.*, v° *Testam.*, § 2, n° 2. Grenier, n° 341. Bayle-Mouillard *sur Grenier, loc. cit.* Vazeille, n° 6, sur l'art. 1037. Nîmes, 17 février 1840 (Devill., 40, 2, 297). Limoges, 8 mars 1843 (Devill., 44, 2, 83).

Ce dernier arrêt, moins absolu que celui de Nîmes, semble admettre que la révocation pourrait être prononcée dans le cas d'un posthume dont le testateur aurait ignoré la conception, parce qu'alors il y aurait erreur, à la condition toutefois qu'il serait certain pour le juge que la connaissance de la conception et la prévision de la naissance auraient déterminé le testateur à changer de volonté.

Contra : Toullier, t. V, n° 670. M. Duranton, t. IX, n° 474. Favard, Répert., v° *Testam.*, sect. 5, § 2, n° 2.

(2) *Supra*, n° 1378.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TROISIÈME VOLUME.

PAGES.

Chapitre V. 1
Des dispositions testamentaires. 1
Section I. — Des règles générales sur la forme des testaments. . . 1
Article 967. — Sommaire. 1
Commentaire 2
Article 968. — Sommaire et Commentaire. 13
Article 969. — Sommaire. 15
Commentaire 16
Article 970.. 29
Sommaire. 30
Commentaire 32
Article 971 63
Commentaire 64
Article 972. — Sommaire. 69
Commentaire. 73
Article 973 121
Commentaire. 122
Article 974. — Sommaire. 133
Commentaire. 134
Article 975. — Sommaire. 137
Commentaire. 138
Article 976. — Sommaire. 148
Commentaire 151
Article 977. — Sommaire et Commentaire. 204
Article 978. — Sommaire. 206
Commentaire. 207
Article 979. — Sommaire et Commentaire 210
Article 980. — Sommaire. 214
Commentaire. 215
Section II. — Des règles particulières sur la forme de certains testaments. 231

PAGES.
Article 981. — Sommaire. 231
Commentaire 232
Article 982. — Sommaire et Commentaire. 244
Article 983. — Sommaire et Commentaire. 245
Article 984. — Sommaire et Commentaire. 249
Article 985. — Sommaire. 250
Commentaire. 251
Article 986. — Sommaire. — Observation. 254
Article 987. — Renvoi 254
Article 988 et 989—Sommaire. 255
Commentaire 256
Article 990, 991, 992. — Sommaire 259
Commentaire. 260
Article 993. — Sommaire et Commentaire 260
Article 994. — Sommaire et Commentaire. 261
Article 995. Sommaire. 262
Commentaire. 263
Article 996. — Sommaire et Commentaire. 263
Article 997. — Sommaire et Commentaire 265
Article 998. — 266
Sommaire et Commentaire. 267
Article 999. — Sommaire. 271
Commentaire. 272
Article 1000. — Sommaire et Commentaire. 285
Article 1001. — 285
Sommaire et Commentaire 286
Section III. — Des institutions d'héritiers et des legs en général. 302
Article 1002. — 302
Sommaire et Commentaire 303
Section IV. — Du legs universel. 313
Article 1003. — Sommaire. 313
Commentaire. 315
Article 1004. — Sommaire et Commentaire. 336
Article 1005. — Sommaire. 348
Commentaire. 349
Article 1006. — Sommaire. 351
Commentaire. 352
Article 1007. — Sommaire et Commentaire. 366
Article 1008. 369
Sommaire et Commentaire 370
Article 1009. — Sommaire. 378
Commentaire. 379

PAGES.
Section V. — Du legs à titre universel. 400
Article 1010. — Sommaire et Commentaire. 400
Article 1011. — Sommaire et Commentaire 404
Article 1012. — Sommaire. 407
Commentaire. 408
Article 1013. — Sommaire et Commentaire. 412
Section VI. — Des legs particuliers 415
Article 1014. — Sommaire. 415
Commentaire. 416
Article 1015. 426
Sommaire. 427
Commentaire. 428
Article 1016. — Sommaire. 444
Commentaire 445
Article 1017. — Sommaire et Commentaire. 447
Article 1818. — Sommaire 452
Commentaire. 453
Article 1019. — Sommaire. 456
Commentaire. 457
Article 1020. — Sommaire. 461
Commentaire. 462
Article 1021. — Sommaire et Commentaire. 465
Article 1022. — Sommaire 472
Commentaire. 473
Article 1023. — Sommaire 482
Commentaire. 483
Article 1024 — Sommaire. 488
Commentaire 489
Section VII. — Des exécuteurs testamentaires 494
Article 1025. — Sommaire et Commentaire. 495
Article 1026. — Sommaire 498
Commentaire. 499
Article 1027. — Sommaire et Commentaire 506
Article 1028. — Sommaire. 507
Commentaire. 508
Article 1029. — Sommaire. 510
Commentaire. 511
Article 1030. — Sommaire et Commentaire. 514
Article 1031. — Sommaire. 515
Commentaire. 516
Article 1032. — Sommaire et Commentaire. 532

BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

PAGES.
Article 1033. — Sommaire. 533
Commentaire. 534
Article 1034. — Sommaire et Commentaire 536
Section VIII. — De la révocation des testaments, et de leur caducité. 537
Article 1035. — Sommaire. 537
Commentaire. 538
Article 1036. — Sommaire. 569
Commentaire. 570
Article 1037. — Sommaire et Commentaire. 595
Article 1038. — Sommaire. 596
Commentaire. 598
Article 1039. — Sommaire. 628
Commentaire. 629
Article 1040. — Renvoi. 648
Article 1041. — Sommaire et Commentaire. 648
Article 1042. — Sommaire. 649
Commentaire 650
Article 1043. — Sommaire. 657
Commentaire. 658
Article 1044 et 1045. — Sommaire. 668
Commentaire. 669
Article 1046 et 1047. — Sommaire. 703
Commentaire. 704

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Paris. — Imprimerie de E. Donnaud, rue Cassette, 9.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

a39003 008600222b

Troplong.

KE
56
.T7D6
1862
v.3

AUTHOR

TITLE Droit civil expliqué; des Donations.

DATE LOANED | BORROWER'S NAME | DATE

DATE DUE

CAT. NO. 1137